RIVISTA CRITICA

DI

DIRITTO E GIUREPRUDENZA

Rivista Critica

di

Diritto e Giureprudenza

ANNO I.

NAPOLI
STAB. TIP. G. M. PRIORE
1903

PROF. PASQUALE FIORE

SUL VALORE GIURIDICO DELLA DISPOSIZIONE TESTAMENTARIA FATTA DA UNO STRANIERO CON L'ESPRESSA DICHIARAZIONE DI VOLERSI RIFERIRE ALLE LEGGI ITALIANE.

La controversia proposta si riassume nel decidere se debba o no reputarsi nel campo dell'autonomia di uno straniero di riferirsi alle leggi vigenti nel regno d'Italia pel valore giuridico della disposizione da lui fatta col testamento, e se, dato che egli abbia così espressamente dichiarato, tale sua dichiarazione debba reputarsi efficace per determinare a norma del codice civile italiano la validità della disposizione testamentaria.

Intorno a tale punto conviene avvertire che la circostanza dell'essere il disponente domiciliato da lunghi anni in Italia e di avere quivi fatto il suo testamento, non può esercitare nessuna influenza quanto a decidere la controversia, perchè il domicilio da parte di uno straniero, sebbene mantenuto per lungo tempo, non può modificare la condizione di lui a riguardo della cittadinanza. Infatti lo straniero è ammesso bensì ad esercitare e godere in Italia i diritti civili, per lo che può fissare e mantenere senza limitazione di tempo il suo domicilio, e può altresì acquistare la cittadinanza italiana, ma per l'acquisto conviene che egli si attenga alla massima sancita dal patrio legislatore all'articolo 10 del cod. civ., senza di che egli continuerà ad essere straniero domiciliato, e non mai cittadino italiano.

Neanche può esercitare alcuna influenza che la massima parte dei beni immobili, che formarono oggetto della disposizione di sua ultima volontà siano situati in Italia. Il nostro legislatore sancisce, è vero, all'articolo 7 che « i beni immobili sono soggetti alla legge del luogo in cui sono situati », ma con tale disposizione egli assoggetta alla legge nostra gl'immobili indipendentemente dalle persone a cui essi appartengono, ed i diritti reali che su di essi si possono esercitare. Per quello invece che concerne le successioni legittime e testamentarie, il patrio legislatore, senza derogare alla massima da lui sancita all'art. 7, ha stimato di considerare l'eredità secondo il concetto romano, vale a dire come un'entità giuridica, una *universitas,* la quale, presa nel suo insieme, rappresenta un'individualità senza distinguere, se gli elementi che la compongono siano cose mobili o immobili, di-

ritti reali, obbligazioni e via dicendo; ed avendo quindi ritenuto tale carattere, l'ha considerata come una e indivisibile ed ha disposto che debba essere regolata dalla legge nazionale del *de cujus* nonostante che gl'immobili appartenenti all'eredità siano situati nel territorio del regno. Esso infatti dice: *di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino* (art. 8 tit. prel.) Dato quindi che il *de cujus* era francese, riesce chiaro che a norma della disposizione sancita al mentovato articolo, bisogna riferirsi alla legge francese per decidere sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità delle disposizioni testamentarie.

La ragione del dubitare deriva da che tutti sono concordi nell'ammettere che colui che dispone del suo patrimonio con atto di ultima volontà assume la condizione di legislatore, e che la volontà del disponente deve essere rispettata ed eseguita. Non si può infatti contestare in massima, che il diritto di proprietà spettante a colui, cui la cosa appartiene, sia un diritto certo ed assoluto, nè si può contradire il diritto spettante ad ogni proprietario di disporre delle cose sue a volontà. È vero che la legge deve spiegare la sua autorità per determinare il valore giuridico degli atti; ma deve pure reputarsi nel campo della libertà del disponente di determinare la legge, alla quale egli intenda riferirsi per attribuire valore giuridico alla sua disposizione. Laonde, dato che il disponente abbia espressamente dichiarato di volersi riferire alle leggi vigenti in Italia, quando egli disponeva dei beni a lui appartenenti, ed esistenti nel territorio italiano, trattandosi di decidere circa il valore giuridico della disposizione da lui fatta, non si possa fare altrimenti che di attenersi alle leggi italiane, alle quali il disponente dichiarò di volersi riferire al momento in cui egli esprimeva l'ultima sua volontà.

Per sostenere tale forma di argomentazione si potrebbe addurre, che la legge spiega necessariamente la sua autorità per quello che concerne lo stato delle persone e i rapporti della famiglia, e che si può ammettere altresì che la legge stessa chiamata a regolare tali rapporti, debba spiegare la sua autorità riguardo alla successione legittima, che ha strette attinenze coi rapporti di famiglia. Rispetto invece alla successione testamentaria non vi può essere questione di statuto necessario, essendochè, come dice Laureut, lo statuto è una legge che in generale s'impone alle parti interessate, come è lo statuto personale, che regola lo stato e la capacità delle persone e lo statuto reale, che regola ogni persona e ogni cosa. In materia di testamento invece è la volontà del defunto che tiene luogo di legge. Nulla osta quindi che egli dichiari che intende testare secondo una legge che non è il suo statuto personale. Da ciò si può dedurre che

non si possa stabilire in principio che la successione testamentaria debba essere retta dallo statuto personale del *de cujus*. È soltanto quando il legislatore non abbia manifestata la sua volontà, che si deve determinarla; ed in tal caso dovendo stabilire una presunzione, si può ammettere, come presunzione più natutale, che il testatore abbia inteso seguire la sua legge personale o nazionale. Applicandosi però tale legge, non la si applicherebbe come legge della persona, ma per determinare la volontà presunta del disponente, sempre perchè nella disposizione testamentaria tutto dipende dalla volontà del testatore (1).

A conferma di tale maniera di argomentare si può aggiungere che il patrio legislatore dispone circa la legge regolatrice della sostanza e degli effetti delle disposizioni di ultima volontà all' art. 9 del *tit. preliminare*, e che statuisce in massima che si devono reputare regolati dalla legge nazionale del disponente. Egli però fa salva in ogni caso la dimostrazione della diversa volontà, con che si viene a confermare che, quando sia il caso di dovere decidere circa il valore giuridico di una disposizione testamentaria, incombe al giudice di riferirsi in massima alla legge nazionale del disponente. Ma siccome il legislatore stesso fa salvo l' espressione di volontà contraria, così, quando il testatore abbia espressamente dichiarato di volersi riferire alle leggi vigenti nel regno d' Italia, non si possa fare altrimenti che di attenersi alle leggi nostre per decidere a riguardo del valore giuridico della sua disposizione.

Per eliminare ogni confusione nella materia in discussione conviene attentamente avvertire che la disposizione testamentaria può essere considerata obbiettivamente, a riguardo cioè del suo contenuto nei rapporti nella quale essa si trovi coi diritti spettanti secondo la legge ai riservatarii, e che può essere considerata nei rapporti nei quali essa si trova coll' autonomia e colla libertà del disponente.

Sotto il primo punto di vista essa deve rimanere assolutamente ed esclusivamente sotto l' impero della legge che deve governare la delazione dell' eredità, i diritti dei riservatarii e la misura dei diritti stessi. Ritenuto infatti il concetto di unità dell' eredità, e dato che la delazione della medesima deve essere governata dalla legge perso. nale del *de cujus*, deve riuscire chiaro che, per mantenere codesto concetto di unità la medesima legge deve spiegare la sua autorità e per determinare l' ordine di succedere e per fissare la misura del diritto spettante ai successibili e per determinare il valore giuridico della disposizione testamentaria, avuto riguardo al suo contenuto in rapporto ai diritti spettanti ai riservatarii. In tutto ciò il testatore non può assumere la posizione di legislatore, ma bensì lo si deve repu-

(1) Confr. LAURENT, *Droit civ. internat.* tom. II, § 128 pag. 242.

tare necessariamente e assolutamente sommesso alla legge regolatrice della successione.

Basta infatti considerare che presso tutti i popoli civili la legge determina la quantità di beni attribuita ai figli, che rappresenta la parte *intangibile* del patrimonio di cui il genitore non può disporre. Tale parte, che dicesi a ragione *riserva* o legittima, è attribuita agli eredi di sangue *ope legis* e senza alcuna presunta volontà del genitore, anzi nonostante la volontà contraria del medesimo, essendo tutelata dalla legge stessa con l' azione della riduzione per impedire qualsiasi forma di violazione da parte del genitore.

Ora riesce chiaro che la legge stessa chiamata a stabilire il diritto ereditario spettante agli eredi di sangue e la misura di tale diritto, deve stabilire altresì la quota intangibile, quella cioè, rispetto alla quale deve ritenersi limitata in modo assoluto la libertà del disponente; e sarebbe assurdo il sostenere che il testatore possa a riguardo di ciò riferirsi a legge straniera. Deve conseguentemente ammettersi che un francese dichiarando di volersi riferire alle leggi italiane, non può disporre validamente di quanto secondo la legge italiana costituisce il disponibile. A riguardo di ciò, non si può concedere che il testatore possa farla da legislatore, perchè il contenuto intrinseco della disposizione testamentaria nei suoi rapporti coi diritti spettanti ai riservatarii, a norma della massima sancita dal patrio legislatore, deve essere regolato da unica legge; da quella cioè dello stato di cui era cittadino il *de cujus*. Ammettere che la legge nazionale del *de cujus* debba spiegare la sua autorità per stabilire i diritti dei riservatarii e la misura dei diritti stessi, e nello stesso tempo ammettere che a tale legge possa derogare la volontá del testatore, equivarrebbe lo stesso che scindere il concetto dell' unitá del diritto ereditario e presuppone la contradizione nella mente del legislatore.

Concludiamo che la validità intrinseca della disposizione testamentaria in rapporto al diritto ereditario spettante ai successori legittimi, deve esser regolata esclusivamente dalla legge nazionale del *de cujus* in forza della massima sancita all' art. 8 del tit. prel.; e che deve reputarsi inefficace ogni diversa volontà da parte del testatore.

Passando ora ad altro ordine di idee, osserviamo che nessuna antinomia si può ravvisare tra la disposizione sancita all' art. 8 e quella sancita all'art. 9 del tit. prel. per la semplice ragione che i due articoli si riferiscono a materie sostanzialmente diverse. Essi concernono bensì il testamento, ma sotto due rispetti assolutamente diversi.

Giova infatti considerare che una cosa è la intrinseca validità di un atto, altra cosa è la sostanza e gli effetti dell'atto stesso. Ogni negozio giuridico non può produrre gli effetti ai quali tende, se non abbia quel complesso di requisiti richiesti secondo la legge per ori-

ginare quei rapporti che legalmente possono da essa derivare. Il complesso dei requisiti costituisce la forza giuridica dell'atto, il suo valore giuridico, la sua validità intrinseca. La mancanza di uno dei requisiti richiesti può cagionare la nullità *di diritto* o di *pieno diritto*, ogni qual volta la legge, in considerazione di detta mancanza, privi assolutamente il negozio di qualsiasi effetto giuridico, per lo che lo si deve ritenere nullo. Talvolta la forza giuridica può essere tolta all' atto mancante del requisito richiesto in conseguenza della opposizione da parte di una o di determinate persone, alle quali la legge attribuisca il diritto d'impugnare l'atto mancante del requisito richiesto (1). Tutto ciò concerne il valore giuridico dell' atto come tale, vale a dire la sua validità intrinseca.

Il patrio legislatore proponendosi di regolare il valore giuridico del testamento, vale a dire la validità intrinseca della disposizione testamentaria, ha tenuto presente, a ragione, che uno dei requisiti essenziali si è che il testatore, disponendo, non abbia violato i diritti dei riservatarii, ed avendo attribuito autorità alla legge nazionale del *de cujus* per determinare la misura dei dritti dei riservatarii, ha naturalmente subordinato all'autorità della legge stessa di regolare la validità intrinseca della disposizione testamentaria.

Tutto ciò non ha nulla che vedere colla sostanza e cogli effetti della disposizione. La sostanza denota infatti la *quiddità* dell' atto, vale a dire l'*id quod actum est:* il contenuto della disposizione testamentaria.

Gli effetti denotano le conseguenze giuridiche che dall' atto derivano. Ogni negozio giuridico valido, al quale non manchi la forza giuridica a cui tende, conferisce diritti e fa nascere doveri, e questi diritti e questi doveri, che possono dipendere o dalla natura stessa dell'atto o dalla legge o dalla volontà dell'uomo, ne costituiscono gli effetti. Ora volendo il legislatore designare la legge secondo la quale deve essere determinata non già la validità intrinseca della disposizione testamentaria, ma bensì la sua sostanza, la sua *quiddità*, il suo contenuto, l' *id quod testator voluit* con gli effetti che ne conseguono, dispone che, in massima, bisogna attenersi alla legge nazionale del disponente, ma facendo salva la manifestazione di volontà diversa, non toglie al testatore di potersi riferire a legge straniera. La dispo-

(1) Tale è precisamente il caso del testamento, col quale il testatore avesse violato il diritto di un riservatario. Se non mancasse di tutti gli altri requisiti, esso non sarebbe destituito in modo assoluto della sua forza giuridica, però il suo valore giuridico potrebbe essergli tolto, in forza dell'azione speciale da parte di colui di cui il diritto fu violato. Codesto diritto di oppugnabilità concerne pure la validità intrinseca della disposizione testamentaria, essendochè l' azione viene a contradire la forza giuridica della disposizione.

sizione quindi sancita all'art. 9 non può intendersi altrimenti che così, cioè, dato che l'autore dell'atto disponga senza oltrepassare i limiti della sua autonomia deve avere volontà sovrana, e quindi, salvo soltanto la limitazione sancita per ragioni di ordine pubblico all'art. 12 così come dovrebbe ammettersi che egli possa per la sostanza e gli effetti della sua disposizione modificare le regole di diritto comune stabilite secondo la sua legge nazionale, così deve potersi riferire a legge straniera.

La legge deve sempre reputarsi come il complemento della volontà e quando sia espressamente designata dall'autore dell'atto deve valere per determinare *l'id quod actum est. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit,* diceva Lauterback (1) per sostenere che devono considerarsi come effetti naturali dei contratti quelli derivanti secondo la legge alla quale le parti si siano volontariamente sottomesse.

Non può al certo essere inibito ad un testatore straniero di dichiarare espressamente di volersi riferire alle leggi vigenti nel Regno d'Italia facendo una disposizione testamentaria, e dato che tale dichiarazione egli avesse fatta, incomberebbe al giudice italiano di applicare il codice civile nostro per decidere circa il valore giuridico della disposizione in discorso. Conseguentemente, se il testatore straniero avesse, col testamento, legato la cosa altrui, e nel testamento avesse dichiarato di volersi riferire alle leggi italiane, incomberebbe al giudice dello stato di applicare l'art. 837 del nostro codice civile e, nelle circostanze da esso contemplate, dichiarare valido il legato, nonostante che fosse diversa la disposizione sancita dalla legge nazionale del disponente.

Parimente se il testatore straniero, stando sempre nel campo del disponibile secondo la sua legge nazionale e senza lesione dei diritti dei riservatarii, avesse dichiarato di volersi riferire alla legge italiana e avesse accordato a preferenza qualche vantaggio all'uno o all'altro dei chiamati a succedergli, e sorgesse poi la controversia se il beneficato dovesse o no essere tenuto alla collazione, siccome anche in questo caso tutto dipenderebbe dalla volontà e il testatore debbe reputarsi legislatore, bisognerebbe riferirsi alla legge italiana per decidere circa l'obbligo della collazione.

Le legislazioni che ammettono la collazione, la fanno dipendere dalla volontà del disponente. Alcune però statuiscono che la collazione deve aver luogo quando il disponente non abbia espressamente dispensato il beneficato dal conferire, altre invece statuiscono che la collazione deve aver luogo soltanto quando il disponente l'abbia ordinata, vale a dire che abbia imposto al beneficato l'obbligo di conferire. Natu-

---

(1) *Dissert.* 104 pars. 3.

ralmente siccome tutto dipende dalla volontà, ed in questo il testatore è legislatore, avendo egli dichiarato di volersi riferire alla legge italiana, il giudice dello stato deve riferirsi al nostro codice civile per decidere quello che il testatore volle. Se nulla avesse detto dovrebbe riferirsi alla sua legge nazionale. Avendo invece il testatore manifestata la sua volontà di volersi riferire alla legge italiana, tale volontá deve essere rispettata in forza della massima sancita dal nostro legislatore all'articolo 9.

Concludiamo quindi che non occorre di conciliare la disposizione dell'articolo 9 con quella dell'articolo 8 come se si trattasse di eliminare un'apparente contradizione. Tutto si riduce a ponderare la chiara espressione della legge ed a considerare che ciascuno dei due articoli si riferisce alla propria materia che è diversa da quella a cui si riferisce l'altro.

Prof. Arnaldo Lucci

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA SEPARAZIONE PER MUTUO CONSENSO TRA CONIUGI

1. L'istituto della separazione per mutuo consenso tra coniugi, relegato nella breve e povera disposizione dell'art. 158 Cod. Civ., è venuto, nella pratica, acquistando una importanza enorme ed una prevalenza grande rispetto alla separazione giudiziale: questa, per quanto curata dal legislatore con lusso di disposizioni, va perdendo terreno di giorno in giorno. Il legislatore italiano, che escluse dal codice l'istituto del divorzio, che ostentatamente rinsaldò la indissolubilità matrimoniale con speciale sviluppo della separazione giudiziale, non si accorse di aver introdotto nell'art. 158 un istituto che, giorno per giorno, avrebbe dato la sua protesta contro il vincolo della indissolubilità. Infatti, se in un regime ad indissolubilità matrimoniale havvi disposizione che urti, per quanto la sua natura lo comporti, contro l'indissolubilità del vincolo, questa si trova nella separazione per mutuo consenso. Si potrà ben rispondere che, non pertanto, il vincolo resta integro, che la separazione si limita al toro ed alla mensa: ma vi sarà sempre il fatto della separazione di anima e di corpo effettuata col solo consenso dei coniugi.

Il dritto canonico, volendo strenuamente difendere la indissolubilità, non ammise la separazione consensuale e si limitò ad accettare, in via eccezionale e straordinaria, la separazione giudiziale, la quale poteva essere *perpetua*, se provocata da adulterio od altro peccato carnale, *temporaria*, se da altri motivi (1). Nello spirito che informava quella legislazione non potevasi insinuare una separazione per mutuo consenso, per le troppe ed evidenti analogie reali che essa avrebbe lasciato scorgere con le teorie contrattuali del matrimonio. Le legislazioni dei paesi protestanti non sentirono il bisogno di quell'istituto accanto alla già esistente separazione giudiziale, perchè esse accolsero il divorzio. Non così, però, nei paesi latini, nei quali il divorzio non potè entrare: questi paesi, nelle loro legislazioni, si scostarono dalla rigida concezione del dritto canonico ed estesero di molto i motivi di separazione, e giunsero fino al punto di introdurre l'istituto della

(1) Vedi *Friedberg-Ruffini*. Trattato di diritto ecclesiastico ed evangelico pag. 651

separazione per mutuo consenso. Così in Austria (§ 103, 104, 105); così in Italia (Cod. Due Sic. art. 222, Cod. Civ. It. art. 158). La Francia, invece, aveva già precorsi i tempi, accettando il divorzio per mutuo consenso col famoso art. 233 (2).

Oggi, in Italia, frequentissimo nella pratica, l'istituto della separazione consensuale è completamente trasandato dalla dottrina, la quale, invece, (stridente contrasto con la vita) dedica lungo ed accurato esame alla separazione giudiziale. Solo di sfuggita i nostri pochissimi scrittori di diritto familiare esaminano l'art. 158, mentre le questioni si addensano abbandonate in potere della giurisprudenza. Non sarà inutile, quindi, esaminare con criterii scientifici la natura di questo istituto, perchè più dritta via si batta della giurisprudenza nello esame delle gravi questioni, cui l'istituto medesimo dá luogo.

2. Il primo dubbio da risolversi è quello, se la separazione per mutuo consenso sia un istituto diverso dalla separazione giudiziale; oppure se tanto l' uno quanto l' altro siano unico istituto giuridico raggiunto ed effettuato in una forma diversa: forma, che il legislatore abbandona al miglior consiglio dei coniugi.

A noi pare evidente che l' istituto della separazione tra coniugi sia unico, e che esso possa ricevere applicazione in forma diversa: consensuale o giudiziale. A ciò menano ragioni tecniche legislative, ragioni di logica giuridica. Infatti, nel Capo X il Codice Civile tratta della separazione dei coniugi (art. 149 a 158) come di unico istituto, che *può* essere invocato per causa di adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce ed ingiurie gravi (art. 150), ovvero *può* aver luogo pel solo consenso dei coniugi (art. 158). Ragioni di logica giuridica, poi, menano a ritenere, che non possano esistere due istituti diversi di separazione personale, rappresentando questa uno stato speciale matrimoniale, che si attua in una forma sola: *separatio quoad thorum et mensam.* Il nostro codice, dunque, se ha vietato ai coniugi il dritto di sciogliere il vincolo, ai coniugi venuti in dissenso ha lasciato il diritto di regolare i rapporti di convivenza, i rapporti con la prole, i rapporti patrimoniali. Questo diritto si esplica, come qualsiasi altro dritto, cioè o mediante acclaramento giudiziale, o mediante accordo tra le parti. Ove i coniugi non siano di accordo in quanto alla separazione (e ciò avviene quando uno di essi domandi la separazione e l'altro vi si opponga), allora è il giudice che interviene con la sentenza ad imporre, sotto forma coatta, quell'accordo che tra le

---

(2) Art. 233 cod. fr. — Le consentement mutuel et persévérant des epoux, exprimé de la manière prescripte par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu' elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leurs est insupportable, et qu' il existe par rapport à eux, une cause peremptoire de divorce.

Quest' articolo fu poi abrogato dalla legge 27 luglio 1884.

parti non potè formarsi. Ma se i coniugi sono di accordo, allora essi possono *contrattualmente* stabilire i loro rapporti di convivenza e patrimoniali, ed il magistrato non dovrà altro fare, se non omologare.

Tutto ciò dimostra, che il nostro codice conosce un solo ed unico istituto di separazione tra coniugi, affidato alla contrattazione tra le parti, ed in mancanza, al pronunziato del magistrato.

Ciò premesso, indubbia è la *natura contrattuale* della separazione per mutuo consenso: la separazione è nel contratto e nei patti, e l'omologazione del tribunale non è che una formalità integratice. Non nella omologazione, adunque, evvi la separazione; ma nel contratto intervenuto fra coniugi.

Queste considerazioni trovano la loro applicazione nella tanto controversa e non mai abbastanza studiata questione, se, cioè, in pendenza di separazione consensuale, si possa chiedere la separazione giudiziale. Le opinioni manifestate frequentemente dalla giurisprudenza, e molto poveramente da qualche scrittore, si riducono a tre: a) una opinione recisamente affermativa (1); b) una opinione risolutamente negativa (2); c) una opinione intermedia, secondo la quale può chiedersi la separazione giudiziale quando, dopo la separazione consensuale, siano sopravvenuti fatti nuovi, che alla precedente separaziane consensuale non dettero causa. (3)

3. Esaminiamo, per maggior chiarezza di trattazione, la opinione intermedia, che trova più facilmente adito. Essa comincia dal fermare che nella separazione tra coniugi resti integro il vincolo, e quindi integro l'obbligo alla fedeltà ed alla assistenza, non altro essendovi di mutato che la convivenza materiale ed il regime patrimoniale. Se, quindi, i due coniugi, per certi fatti sopravvenuti, hanno creduto di separarsi consensualmente e di buona grazia, senza chiedere sui fatti istessi il giudizio ed il controllo pubblico del magistrato, essi non possono, in tempo posteriore tornarvi su, e chiedere quell' esame pubblico e quei provvedimenti speciali ai quali spontaneamente rinunziarono. Ma se, pronunziata la separazione consensuale, uno dei coniugi si rendesse

---

(1) *Bianchi Trib.*—Add. Casale 31 dicembre 1874 (*Annali* IX, 2, 264); Tribunale di Milano (*Monit.* Marzo 1903) e qualche altra, che ora ci potrà sfuggire.

(2) Cass. Roma 14 gennaio 1886 (*Legge* 1886 pag. 540); App. Venezia 4 novembre 1902 (*Foro It.* 1902 pag. 127); Tribunale di Milano 24 novembre 1899 (*Monit Trib.* 1900 pag. 191).

(3) *Lomonaco,* Corso di D. C. V, p. 538. *Ricci* Dr. Civ. I n. 220. Istituzioni di Diritto Civile I pag. 503.

App. Milano 14 febbraio 1888 (*Monit. Trib.* 1888 pag. 335); Cass. Torino 14 dicembre 1887 (*ibid.* 1888 pag. 356) e qualche altra, che ora ci può sfuggire.

Si citano invece, a sproposito, perchè non rispondenti al caso le seguenti sentenze: Cass. Torino 3 agosto 1878 (*Monit. Trib.* 1878 pag. 451); Cass. Torino 27 aprile 1872 (*ibid.* 1871 pag. 389).

colpevole di quei fatti che dánno diritto a chiedere la separazione giudiziale, e che non furono causa della separazione consensuale, in tal caso questa, a richiesta del coniuge non colpevole, si potrà mutare in separazione giudiziale.

Questa teorica, come suole accadere per i termini di conciliazione, oltre a non presentare un saldo fondamento logico e dottrinale, offre il fianco a mille incertezze, ad innumerevoli inconvenienti. Essa riconosce che l'istituto è unico; essa riconosce la natura contrattuale della separazione consensuale: essa, intanto, si piega e si macchia di inconseguenza, quando ammette il mutamento di uno stato in un altro, quando rompe, per disvolere di un solo, la forza del contratto.

La critica ne è semplice. Ed infatti, se l'istituto della separazione è unico, se scopo di esso si è giungere alla separazione di letto e di mensa, se i coniugi hanno regolato di accordo il regime patrimoniale — come chiedere una nuova separazione, quando la separazione già esiste? È il caso del *quod petis intus habes*. La economia giudiziaria vieta che il medesimo scopo si possa raggiungere due volte: quando la separazione tra coniugi è sorta sotto forma di mutuo consenso, non è lecito chiederla nuovamente, perchè esiste diggià. Tutto ciò, che è semplice ed è logico, è stato messo in dubbio da alcuni pronunziati del magistrato. Si è detto, che la separazione consensuale differisce da quella giudiziale per gli effetti patrimoniali: infatti, se in quella consensuale i rapporti patrimoniali sono regolati della volontà delle parti, in quella giudiziale il coniuge colpevole perde i diritti successorii. Inoltre si è osservato che lo stato di separazione non scioglie il vincolo e lascia integri gli obblighi di fedeltà: quindi, se di due coniugi per mutuo consenso separati, l'uno si sia posteriormente reso colpevole di adulterio, questo fatto nuovo risolve il precedente accordo e conferisce all'altro coniuge il dritto di chiedere la separazione giudiziale con le sue conseguenze di legge. E queste obbiezioni alcune magistrature hanno infiorate di considerazioni morali, adducendo non essere lecito che un coniuge, separato per mutuo consenso, possa agire a suo libito, rompendo quei vincoli che lo stato di separazione non rompe, senza che all'altro coniuge sia dato l' ausilio della legge.

Queste obbiezioni hanno apparenza di fondamento, ma cadono sotto le prime osservazioni critiche. Con la separazione per mutuo consenso i coniugi prescindono dai rispettivi torti e delle rispettive ragioni, e contrattualmente regolano il loro stato matrimoniale nei limiti consentiti dalla legge. Essi, rinunziando così all'esame delle rispettive ragioni, sottraggono all'analisi estranea ogni intimità familiare e, così facendo, *rinunziano ad avvalersi reciprocamente di quelle conseguenze patrimoniali che la legge attribuisce allo stato di separazione giudiziale.* A tali conseguenze essi hanno rinunziato: quindi ad essi non resta

che avvalersi delle disposizioni di diritto comune contro quel coniuge che, nello stato di separazione consensuale, si rese colpevole di fatti riprovati dal vincolo matrimoniale. Per conseguenza, se un coniuge, in pendenza di separazione consensuale, commise adulterio, l'altro coniuge non potrà contro di lui domandare separazione giudiziale, nè potrà chiedere quei provvedimonti patrimoniali (unica differenza tra le due forme dell'istituto) ai quali rinunziò; ma potrà esperimentare soltanto l'azione penale.

Questa teorica del fatto nuovo è assurda anche per altre considerazioni. Può infatti sorgere separazione consensuale per un dato motivo, ed in tale caso il fatto nuovo si potrà subito ravvisare. Ma, in pratica, quasi tutte le separazioni consensuali astraggono dai motivi, oppure, a mentire pietosamente lo stato reale della famiglia ammalata, adducono motivi ben diversi da quelli reali. In tal caso, come identificare il fatto nuovo? e, per identificarlo, si potrà, sorta la contestazione, far la prova dei motivi veri che dettero origine alla separazione consensuale? ed allora, come rompere per volere di uno solo quell'accordo scambievole che volle celati i motivi veri? Poniamo, ancora, il caso di una separazione consensuale per adulterio della moglie o del marito: uno di essi, non volendo ingannare l'altro, confessò i suoi affetti, ed ambedue piegarono il capo alla ferrea legge della fatalità: l'uno si allontanò, l'altro si allontanò del pari e creò una novella famiglia. Ebbene, qui il fatto nuovo vi sarebbe: il continuato adulterio: ma quale giudice avrebbe il coraggio di pronunziare separazione giudiziale? A parer nostro, a parere della Corte di Cassazione di Roma (1), della Corte di Appello di Venezia (2) e del Tribunale di Milano (3), un tal giudice non dovrebbe esistere: eppure ve ne ha! Abbiamo lette delle sentenze che ripugnano ad ogni sentimento di pietà verso i grandi dolori umani, verso quelle cupe tragedie che gli attuali matrimonii fatalmente provocano. Sono sentenze che, in nome della moralità, diventano assurde banditrici di crudeltà feroci: sono pronunziati che, in nome di una famiglia legittima sì, ma inesistente o falsa, spezzano a cuor leggero una famiglia vera e reale, che ha il solo torto di non essere tutelata dal bollo dello stato civile.

Ecco le ragioni per le quali noi respingiamo l'opinione intermedia.

4. Delle due opinioni estreme, la prima — quella che senza limitazione alcuna, concede sempre il mutamento della separazione consensuale in giudiziale — è anch'essa abbastanza seguita dalla giurisprudenza. Ma per le ragioni esposte in confutazione della opinione in-

---

(1) Cass. Roma 14 Gennaio 1886 (*Legge* 1886 pag. 540).

(2) App. Venezia 4 Novembre 1901 (*Foro It.* 1902 pag. 127).

(3) Trib. Milano 24 Novembre 1899 (*Monit. Trib.* 1900 pag. 191).

termedia, essa, meno di questa, resiste alla critica. Infatti, se pure potesse concedersi l'ingresso alla nuova domanda di separazione giudiziale, quando sopravvenissero fatti nuovi, ciò non potrebbe mai ammettersi, quando il fatto nuovo non fosse intervenuto. Sarebbe assurdo concedere ad uno dei coniugi il diritto di rompere l'accordo, invocando proprio quei fatti sui quali il mutuo consenso si verificò. Tale opinione, per noi del tutto insostenibile, non merita più larga confutazione.

5. Resta la terza opinione: quella che nega sempre l'ammessibilità della domanda di separazione giudiziale, quando esista già lo stato di separazione per mutuo consenso.

Questa opinione, che noi accettiamo, è quella che maggiormente si poggia sulla natura giuridica dell'istituto della separazione e che più intimamente interpetra le condizioni eccezionali nelle quali vive e si muove un istituto assurdo: la separazione *quoad thorum et mensam*.

Accolsero coraggiosamente tale dottrina due sentenze informate ad uno spirito altamente umano: una, della Corte di Cassazione di Roma (1), estensore il Tartufari, l'altra della Corte di Appello di Venezia (2). Sono due sentenze nelle quali vibrano insieme i più alti sentimenti dell'anima: pietà e giustizia; sono due sentenze che mostrano come in Italia, prima dei pronunziati del buon giudice Magnaud, i dolori umani siano stati, qualche volta, profondamente intesi nelle aule giudiziarie.

In un matrimonio sbagliato, la moglie od il marito, spinti fatalmente verso un affetto vero, cercano la felicitá fuori la cerchia del legittimo stato coniugale. Accorti della vicendevole sventura, si separano consualmente, e l'uno di essi crea una famiglia extra-legale, ma vera. Dopo anni, spunta l'altro, e chiede che la separazione consensuale si muti in separazione giudiziale. Accoglierà la legge questa pretesa assurda? In nome di una famiglia legittima inesistente e falsa spezzerà la nuova famiglia illegittima, ma vera? Ecco il problema morale, che diventa problema giuridico. E la Corte di Cassazione di Roma rispose negando decisamente l'ammessibilità della nuova azione. E la Corte di Appello di Venezia fece eco all'insegnamento della Corte Suprema e sentenziò così:

« La società ha l'interesse che sia mantenuta la convivenza coniu-
« gale, o, se cessata, si riprestini: ma niun interesse ha che si risol-
« levino questioni già sopite od altre si propongano in pubblico giu-
« dizio, perchè ciò recherebbe nuova perturbazione alla famiglia e
« sarebbe contrario allo scopo stesso avuto concordemente di mira
« dai coniugi, di regolare definitivamente anche per l'avvenire i loro

(1-2) Vedi precedenti citazioni.

« rapporti senza clamore e senza pubblicità ». E la Corte medesima, con una precisione assai commendevole, parcamente delineò la natura giuridica della separazione per mutuo consenso, dicendo « trat- « tarsi di una stipulazione giudiziale avente forza e carattere di titolo « esecutivo, da cui non possono i coniugi dipartirsi senza un nuovo « accordo ».

Qui poniamo termine a questo lieve contributo portato alla grave questione, notando che la dottrina ha troppo a lungo posto in non cale il ponderoso argomento. Occorre una nuova analisi ed un più profondo studio della questione, oggi, che all' approssimarsi della legge sul divorzio, molti coniugi separati per mutuo consenso, ad impedire che l'altro coniuge possa, quando che sia, chiedere lo scioglimento del matrimonio, si affrettano *dolo malo* a chiedere il mutamento della separazione consensuale in separazione giudiziale, allegando o i vecchi fatti, o fatti nuovi, che finora volontariamente si accettarono.

Prof. Lorenzo Ratto

IL PROBLEMA DELLA CAPACITÀ GIURIDICA DELLE FEDERAZIONI OPERAIE

La condizione giuridica delle associazioni operaie di resistenza, (*leghe*, *federazioni*, *Syndacats*, *Unions*, *Gewerkschaften*, *Gewerkvereine*, *Trade Unions*, ecc.), ora che sono riconosciute e tollerate, è più che mai incerta; e la costruzione della relativa teoria è il problema più arduo e più d' attualità tra quelli che formano oggetto della recentissima scienza del diritto operaio-industriale.

Non si tratta solamente di vedere se quelle associazioni operaie siano o no persone giuridiche; ma piuttosto di determinare quanta sia la loro capacità giuridica.

I più recenti scrittori ammettono oramai che non v'è modo di giustificare nella odierna scienza dello Stato e del diritto pubblico, il preteso potere dei governanti di riconoscere o meno gli enti collettivi.

L'art. 2 del codice civile parla del riconoscimento, ma non impone alcuna teoria, e quindi lascia piena libertà di interpretazione. La stessa dottrina dominante, la realistica, contrariamente alla giurisprudenza che mantiene viva la teoria della personificazione, ha già rimodernato il concetto del riconoscimento, perchè ne ha fatto una condizione meramente estrinseca. Vi è poi grande varietà di opinioni anche nella concezione di questo elemento estrinseco: taluni lo parificano all'atto di nascita delle persone fisiche; altri ad una semplice registrazione di polizia. Tende a prevalere però l'opinione che debba essere distrutta come un ostacolo al progresso del diritto tutta la vecchia teoria delle persone giuridiche basata sul presupposto che lo Stato stesso sia una persona. Il progresso odierno delle scienze giuridiche è caratterizzato appunto da una incessante distruzione di finzioni diventate inutili. Tra queste non possono non essere colpite anche quelle, apparentemente fondamentali, dell'esistenza dello Stato come persona e del Legislatore come ente superiore agli individui.

Fu la scienza giuridica tedesca che nella seconda metà del secolo XIX edificò la teoria dello Stato-persona, come soggetto di un diritto subbiettivo di potere pubblico, e tentò di ricondurre tutto il diritto pubblico sotto quella ipotesi. Nel mondo anglosassone questa teoria non ha mai attecchito, perchè non se ne sentì alcun bisogno politico.

Nei paesi latini c'erano bisogni politici analoghi a quelli della società tedesca e quindi per qualche tempo la teoria tedesca fu adottata. Ora si è scoperto che la suggestione scientifica in quel caso era dannosa, e si comincia a reagire. Anche in Austria fu scoperto che la scienza di stato tedesca aveva dei motivi determinanti esclusivamente nazionali, e per merito del Gumplowicz fu posto un argine scientifico al dilagare della dottrina germanica, che avrebbe impedito il libero sviluppo del diritto pubblico austriaco.

La teoria latina più recente, quella del Duguit, dimostra che il diritto pubblico non può progredire, al punto cui è arrivato, se non si sbarazza delle finzioni che lo Stato sia una persona, che la legge possa creare diritti subbiettivi, che il Governo possa o debba ostacolare la formazione di qualsiasi gruppo corporativo, e che vi sia una scala o gerarchia delle persone giuridiche. Non vi è alcuna ragione di credere incapace l'associazione di uomini capaci. Ciò non significa che la polizia di stato non possa regolare siffatte associazioni; bensì che non può vietarle o sopprimerle, nè sottoporle a riconoscimento qualsiasi come condizione di vita giuridica.

Fortunatamente noi in Italia non abbiamo alcuna disposizione di legge la quale ci impedisca di adottare in diritto vigente questa teoria.

Però dobbiamo avvertire che la vecchia teoria del riconoscimento è così radicata nella nostra giurisprudenza che per molto tempo gli sforzi della dottrina riusciranno vani. Da noi, tranne i probiviri, nessun magistrato tollererebbe la presenza in giudizio di leghe operaie.

Vediamo brevemente quale sia la condizione di queste leghe in Germania ed in Inghilterra.

***

In Germania manca tuttora una legge speciale che regoli la condizione giuridica delle numerose associazioni operaie, socialiste, progressiste e cristiane. Il diritto di coalizione fu riconosciuto dalla Gewerbeordnung del 1869, ma non per tutte le specie di lavoratori; cosicchè rimangono in vigore le leggi speciali dei singoli Stati contenenti speciali divieti. Prescindendo da ciò, gli operai che vogliono associarsi debbono sottomettersi alle disposizioni delle leggi particolari dei singoli Stati sulle associazioni. E ve ne sono 26 vigenti.

A noi però importa solo il problema della capacità giuridica, non quello della libertà di associazione, che ci trascinerebbe troppo lungi dal nostro tema.

Non possiamo però astenerci dal rilevare due fatti: l'uno che con tanti impedimenti frapposti dalle leggi locali, le associazioni operaie

siensi sviluppate in Germania quasi quanto in Inghilterra; l' altro che nonostante il più ampio diritto della polizia di disciogliere provvisoriamente quelle associazioni che reputa irregolari, magari per un pretesto qualunque, la magistratura tedesca, chiamata a giudicare della regolarità dell'associazione disciolta, dà quasi sempre prova di una grande indipendenza.

Quanto alla capacità civile si debbono distinguere due categorie di enti: quelli che sono semplici associazioni permesse e quelli che godono della personalità civile.

Secondo il codice civile del 1900 ogni associazione può ottenere la personalità giuridica facendosi inscrivere sopra un registro tenuto presso l' autorità giudiziaria. Il giudice non ha se non da constatare le condizioni richieste dalla legge. Però disgraziatamente il § 61 dice che l' autorità politica può apporre il veto all'iscrizione quando l'associazione ha scopo politico. Quindi in sostanza l'iscrizione dipende dall'autorità politica, perchè tutte le associazioni professionali operaie in Germania hanno anche scopo politico.

Se le associazioni non domandano l' iscrizione, non hanno alcun diritto, non hanno esistenza; sono continuamente esposte alla possibilità di scioglimento, debbono collocare a nome di terze persone le somme che amministrano, non possono contrattare od acquistare direttamente, debbono insomma agire sempre per interposta persona.

Però la giurisprudenza comincia a farsi più liberale, nel senso che comincia a riconoscere che possono stare in giudizio anche associazioni non iscritte, sia pure come convenute soltanto; ma in tal caso ammette che possono fare domande riconvenzionali. Ciò rende necessario che l' avversario cavallerescamente le citi pel primo. Ma questa condotta cavalleresca è assai rara.

In conclusione il codice germanico del 1900 e la nuova procedura civile relativa hanno aggravato iniquamente la situazione delle Gewerkvereine; ma ciò non impedisce il loro continuo sviluppo, perchè sono ormai considerate come una necessità nella organizzazione industriale tedesca.

Il problema della capacità delle unioni operaie appassiona ora sopratutto i giuristi inglesi a cagione di due celebri decisioni emanate nel 1901 dalla Camera dei Lordi sulla responsabilità aquiliana delle *Trade Unions*.

Fu giustamente notato che quelle due sentenze hanno per l' Inghilterra tutta l'importanza pratica di una legge nuova, sia pure provvisoria finchè la Camera non muterà giurisprudenza.

Ben si comprende che le *Trade Unions* siano rimaste spaventate

da quella novità ed abbiano stanziato nel loro bilancio un fondo per le spese di lite. Infatti il loro fondo di riserva è ora esposto ad obbligazioni legali, incalcolabili dalle quali finora esse si ritenevano esenti. In sostanza la Camera dei Lordi ha stabilito nei due casi sottopostile (Talf Vale e Belfast Butchers) che ogni unione operaia risponde degli atti dei suoi ufficiali ed è responsabile dei danni quando costringe i suoi membri a non rispettare i contratti di lavoro. I magistrati inferiori in quei due casi avevano riconosciuto l'irresponsabilità dell'associazione. Dunque debbono avere errato o i giudici inferiori o la Corte suprema; e poichè i giudici sono uomini soggetti a mutare opinione e cambiano essi stessi, il fatto che attualmente è il magistrato supremo inglese quello che sostiene la tesi della responsabilitá, scientificamente è irrilevante.

I motivi delle decisioni della Camera dei Lordi sono infatti, confutati da autorevoli scrittori. Il principale di quei motivi è il seguente: la legge del 1871 sulle *Trade Unions* non dichiara espressamente che le Unioni siano responsabili, ma nemmeno lo vieta; e siccome riconosce che quelle Unioni sono persone giuridiche, non v'è ragione di derogare al diritto comune in materia di danni risarcibili.—A questo argomento gli avversari contrappongono i seguenti. Il legislatore del 1871 non proclamò la responsabilità civile delle Unioni perchè non la volle; altrimenti l'avrebbe regolata, perchè sarebbe stato il punto capitale della nuova legge. È possibile che per 30 anni tutti si fossero sbagliati nell'interpretare la legge o meglio che la convinzione erronea della impossibilità di citare in giudizio le Unioni si fosse impadronita talmente dell'animo degli industriali da impedire che sorgesse la questione? Questa è sorta ora come reazione contro il nuovo unionismo, che è più aggressivo dell'antico; ma spetta al Parlamento non al magistrato rimediare al silenzio del legislatore ed opporre un argine al nuovo metodo di lotta delle Unioni. Il legislatore del 1871 mentre riconobbe che le Unioni erano persone morali, vietò loro di stare in giudizio, senza distinguere tra azioni attive e passive, contrattuali od extra-contrattuali. Quindi finora l'azione aggressiva o difensiva delle Unioni è libera e non può costituire *ingiuria* verso chicchessia, salvo il caso di violazioni delle leggi penali che proteggono la libertà del lavoro.

A parte le conseguenze pratiche di cui si preoccupano i giuristi inglesi, è interessante per noi rilevare che dalle citate decisioni è sorto un nuovo problema scientifico.

Finora ritenevamo che il progresso del diritto in materia di responsabilità civile consistesse nell'evoluzione dalla responsabilità fondata

sulla colpa alla responsabilità indipendente dalla colpa. Ora ci troviamo di fronte ad un fenomeno, finora passato inavvertito ai civilisti, che complica il problema della responsabilità civile, cioè il fenomeno dell'esistenza di persone giuridiche come le *Trade Unions*, che hanno vissuto 30 anni in pieno diritto comune, irresponsabili dei loro atti dannosi quando questi erano ritenuti colpevoli dalla coscienza dei ben pensanti, e che cominciano a diventare responsabili proprio ora che il preconcetto della colpa esula dall'animo degli stessi industriali, perchè la loro azione è normalmente corretta sebbene materialmente assai più dannosa al tornaconto dei padroni.

Qui il problema cessa di essere inglese per interessare i giuristi di tutto il mondo civile. È indubitato che sarebbe iniquo sottoporre al diritto comune quella nuova responsabilità delle associazioni operaie.

Già si parla di rimedii contro le conseguenze della giurisprudenza. Qualcuno suggerisce di separare il fondo di riserva del fondo sociale; altri consiglia di modificare gli statuti sociali in guisa da sfuggire alla nuova responsabilità. La proposta più pratica e già attuata in vari Stati in previsione di possibili attacchi giurisprudenziali, è quella di formare in ogni sede di associazione operaia dei corpi di volontari incaricati dell'esecuzione degli atti che potrebbero essere colpiti da azione di danni. Nulla vieta che si formino simili comitati di mandatarii segreti, apparentemente unici promotori dello sciopero, e personalmente insolvibili.

In tal guisa sostituendo i Comitati riuniti alle Unioni o federazioni la legge sarebbe elusa.

Ma non è bello incoraggiare la frode alla legge, dato che questa contempli realmente la responsabilità delle associazioni operaie.

Se la legge fosse ingiusta si dovrebbe invocarne la riforma. Però qui si tratta non di riforma ma di innovazione. Si tratta cioè di un bisogno nuovo, d'introdurre la responsabilità delle unioni operaie, la quale finora non esiste nel diritto vigente. È il progresso del diritto operaio-industriale e dell'organizzazione operaia che porta a questa innovazione. La Camera dei Lordi si è fatta eco appunto di un bisogno sentito ai giorni nostri, quello di riconoscere la piena capacità delle unioni operaie, che indubbiamente sono persone giuridiche. È tempo ormai che esse siano dichiarate maggiorenni; e questo appunto volle fare la Camera dei Lordi dopo trent'anni che il legislatore inglese le aveva riconosciute come persone relativamente incapaci. Queste unioni sono ormai educate abbastanza al rispetto della libertà del lavoro, e sono certo in grado di agire con discernimento, come lo provano i calcoli spesso sapienti che esse sanno fare prima di promuovere uno sciopero. Bisogna dunque soddisfare il loro legittimo orgoglio di assurgere alla responsabilità civile. Senonchè esse invocano

la piena capacità per potere esercitare le azioni contrattuali in base ai contratti collettivi di lavoro; mentre gli industriali vorrebbero concedere loro quel tanto di capacità a stare in giudizio che occorre perchè possano essere condannate a risarcire i danni extracontrattuali a norma del diritto comune.

Qni si presenta la quistione se e quali danni giuridici possono arrecare le unioni operaie nell'esercizio della loro funzione economica. A nostro avviso la questione è di diritto condendo, perchè nonostante l'esempio dato dalla Camera dei lordi noi crediamo che sia impossibile non solo in diritto italiano, ma anche nel diritto inglese vigente proclamare la responsabilità contrattuale od extra-contrattuale delle unioni. Certo il bisogno d' introdurre una responsabilità anche per quasi delitto è innegabile di fronte al contegno del nuovo unionismo inglese e di quello delle leghe operaie nei paesi latini. Gli operai dimenticano talvolta i principii di uguaglianza; dimenticano, ad esempio, che se essi avessero dritto a costringere un lavoratore ad appartenere alla loro unione il padrone avrebbe quello di costringerlo a non appartenervi. Vi è una crisi giuridica che travaglia il lavoro organizzato: manca finora un pò di stile a questo grandioso edificio moderno, che è opera di molte mani ancora asimmetrica. Sarebbe utile a tale scopo determinare legalmente quali atti rientrino nella funzione economica dell'associazione operaia e quali nella legittima difesa, alla scopo di assoggettare all'azione di danni le unioni che eccedono quei limiti. Però chiunque vede la difficoltà di una simile determinazione. Basti pensare agli scioperi per solidarietà che presero così largo sviluppo in questi ultimi 12 anni, pur essendo dichiarati inutili e dannosi dagli stessi capi del movimento socialista. Lo sciopero per solidarietà va considerato come un atto erroneo o come un atto colposo? L'osservazione dei fatti ci mostra che l'aggressione legittima e libera da ambe le parti è quella che conduce sempre alla discussione, alla tregua, all'arbitrato ed alla pace industriale, e quindi incliniamo a credere che il legislatore debba astenersi dall' intervenire, lasciando che gli industriali organizzino i loro sindacati difensivi ed aggressivi per ristabilire l' equilibrio. Del resto va ricordato che uno dei principii fondamentali del diritto operaio-industriale è che la perfetta organizzazione operaia porta alla cessazione degli scioperi ed alla pace. Gli atti imprudenti e materialmente dannosi che commettono le unioni operaie derivano da imperfetta organizzazione. La varietà e il contrasto degl' interessi conducono sempre alla pace e all'armonia: quindi è bene che l'impetuosità di coloro che vogliono o non vogliono uno sciopero sia corretta e controbilanciata dagli operai od industriali di altre città che non sono personalmente interessati nella vertenza.

E per ottenere questo intento è necessario attendere che si sviluppi e si perfezioni il senso della solidarietà d' interessi.

In conclusione noi riteniamo che si possa riconoscere fin d' ora la piena capacità delle associazioni operaie di resistenza; e che per quanto concerne la loro responsabilità per quasi-delitto, sebbene sia sentito il bisogno di affermarla, non vi sia modo di stabilirla nè a norma del diritto comune nè per diritto singolare, perchè il quasi-delitto specifico di quelle Unioni tende a scomparire naturalmente col crescere della capacità giuridica dell' ente. Tutti riconoscono ormai la preziosa influenza del movimento associazionista operaio sullo sviluppo della produzione, sul progresso dei rapporti giuridici, sull'educazione ed istruzione dell'operaio, non meno che la sua preziosa funzione difensiva e protettiva dal regime capitalista contro gli attacchi inconsulti degli spiriti rivoluzionari, che esso solo riesce a reggimentare, calmare e contentare. Non v' ha dubbio che col progredire di questa funzione pacificatrice le federazioni operaie diventeranno al par degli altri enti morali, incapaci di delinquere nell' esercizio della loro funzione.

AVV. VINCENZO MARONE

—

DANNI PRODOTTI DALLE STRADE PROVINCIALI DI SERIE

1. Per intendere esattamente l'argomento che trattiamo è bene ricordare il contenuto e l'ufficio delle cosiddette *strade provinciali di serie* o semplicemente *strade di serie.*

Con la legge 30 agosto 1868 fu stabilita l'obbligatorietà della costruzione stradale per parte dei comuni e l'esecuzione coatta d'ufficio da parte dello stato, e questo si obbligò ad impostare annualmente un sussidio non inferiore a tre milioni, lasciando al governo il compito della ripartizione, *non eccedendo* mai « il quarto della *somma effettivamente spesa* nell' opera sussidiata ». Son le precise parole dell' art. 4 della posteriore legge 23 luglio 1881 sulle *strade di serie*, e sotto l'impero di quella legislazione non è venuto mai in mente ad alcuno di dubitare se il sussidio dovesse corrispondere all'*effettivo* o al *preventivo.* E qui il sussidio ha un massimo e non un minimo, mentre per la legge 23 luglio 1881, come vedremo, il sussidio ha una quota determinata secondo la classe o serie della strada.

Con la legge del 27 giugno 1869 n. 5147 fu stabilita l'obbligatorietà per le strade provinciali più importanti e l'onere della costruzione ora a carico dello stato ed ora a carico della provincia, con un sistema di *contributo*, a seconda l'importanza delle strade da costruirsi, che furono perciò raggruppate in 3 serie:

1ª serie da costruirsi dallo stato, e per 3[4 a spese dello stato e per 1[4 delle provincie;

2ª serie da costruirsi dallo stato e per una metà a spese dello stato e per l'altra metà a spese delle provincie;

3ª serie da costruirsi dalle provincie e per 1[3 a spese dello stato e per 2[3 a spese delle provincie.

Con la legge 30 maggio 1875 n. 2521 si ribadirono gli stessi concetti informatori, accrescendo gli stanziamenti.

Finalmente con l' art. 4 della legge 23 luglio 1881 si dispose: « Il concorso dello stato per la costruzione delle strade provinciali « di cui al n. 3 della tabella B è stabilito in ragione della metà della SPESA EFFETTIVA *per le singole opere descritte* nell' elenco III.

« La costruzione di dette strade è obbligatoria, previa la procedura « dell' art. 14 della legge 20 marzo 1865 alligato F per quelle non « ancora classificate provinciali.

« Per quelle provincie, che nel termine di un anno dalla data del-

« l'invito del Governo, non avranno approvato l'andamento generale
« delle strade, a termine dell'art. 25 della legge 20 marzo 1865 allig.
« F, e non avranno provveduto ai mezzi d' intraprenderne la costru-
« zione, *sarà provveduto con la disposizione della legge 30 maggio 1875
« n. 2526 relativa alle strade di seconda serie.*

« In tal caso la costruzione sarà fatta dallo stato e la quota di
« rimborso della metà delle spese dovute ad esso, *sarà iscritta di uf-
« ficio nel bilancio provinciale,* a cominciare dall'esercizio in cui sarà
« stabilito di por mano ai lavori, e corrisposta in proporzione del
« progresso dei medesimi. »

2. Trattasi ora di vedere chi sia tenuto ad indennizzare il privato, che dalla costruzione d' una di queste cosiddette *strade provinciali di serie,* e dopo la loro consegna alla provincia, abbia sofferto nella sua proprietà immobiliare un danno permanente od una servitù indennizzabile, a norma dell' articolo 46 della legge 25 giugno 1865 ; se sia tenuta cioè la provincia o lo stato.

Ora in questo *dovere* di pagamento d' indennità esula qualsiasi elemento di *colpa.* La responsabilità per la *colpa aquiliana* degli enti pubblici verso i privati si connette ad altre dottrine, che non hanno a che fare col presente argomento. Qui lungi dall' indagine intorno alla bontà o meno dell' opera pubblica compiuta , il diritto del privato ad essere *reintegrato* nella condizione economico-giuridica, in cui era prima della costruzione dell' opera pubblica stessa, sorge dall'articolo 29 dello statuto, dall' art. 438 del cod. civ. e dall' art. 46 della legge speciale di espropriazione. Intorno alla interpretazione di questa ultima disposizione molto si è scritto e discettato ; ma , a parer mio , ad avere un concetto integrale e semplice, bisogna fermarsi al suo valore funzionale rispetto agli articoli 39 e 40 della legge stessa. Ammesso il diritto nel privato ad essere reintegrato in via economica per la disintegrazione della sua proprietà a cagione di opera pubblica, possono ben darsi due casi: o che la disintegrazione sia preveduta nel piano dell' opera o che non lo sia. Nel primo caso provvede la via normale col procedimento tracciato dalla legge speciale e coi criterii d' indennità degli articoli 39 e 40 sopra citati. Nel secondo caso, in cui cioè il danno non sia stato previsto nel piano dell' opera, ma che intanto s' è verificato in seguito alla costruzione, non è uopo risalire all' esame del piano ed alla sua esecuzione per vedere se siavi o non siavi colpa di concezione o d'esecuzione. Tutto ciò può rientrare nell' orbita del potere amministrativo e per fini diversi. Qui basta il danno permanente o la servitù da un lato e l' opera dall' altra ed un rapporto genetico di causa ad effetto tra l' uno e l' altra perchè sorga l' obbligo del pagamento dell' indennità *a posteriori,* identico, nella sua natura giuri-

dica, a quello di pagamento *a priori*, nulla influendo sull'indole dell' obbligazione la previsione o meno del danno al privato. È bene fissare nettamente questo punto importante per ciò che andremo osservando in seguito.

3. Scartato dunque il concetto di responsabilità per colpa aquiliana (art. 1151 cod. civ.) e ristretta la questione all' ipotesi dell' art. 46 della legge di espropriazione, finora, tranne qualche lieve dissenso, la giureprudenza delle nostre corti regolatrici di fronte al quesito di chi dovesse rispondere dell'indennità al privato pel danno indotto dalle *strade provinciali di serie*, se la provincia o lo stato, si è manifestata per la responsabilità della provincia.

E tale responso è stato disastroso per le amministrazioni locali, in quanto che essa apre una nuova falla negli sdruciti bilanci delle amministrazioni provinciali. La prima fu aperta coll' interpretazione degli art. 10 e 11 della *l. lavori pubbl.* circa l' obbligo del passaggio alle provincie delle strade nazionali *parallele* ai tronchi di ferrovia. Il che poi, socialmente, si riduce ad un impoverimento della terra, in quanto che i nuovi oneri imposti alle provincie ricadono sugli *unici* suoi contribuenti : i proprietari di terra. E dire che tanto le strade provinciali quanto le nazionali servono più al traffico del commercio e dell'industria che a quello dell'agricoltura, a cui servono invece più le vie comunali e vicinali che le altre : intanto a queste contribuiscono tutte le classi (perchè il comune attinge da *tutti* i contribuenti) a quelle solo i proprietari di terra, perchè *da questi soltanto* attinge la provincia. Ecco dove conduce la logica delle leggi e dei responsi che l' interpretano !

Ma un' ingiustizia più sanguinante stride nella giureprudenza adottata per la responsabilità dei danni prodotti dalle *strade provinciali di serie* ; ingiustizia rilevata dal senso comune e dall' osservazione esteriore del quesito. Imperocchè nei casi finora decisi si trattava di strade, i piani delle quali erano stati compilati ed eseguiti per opera dello stato. Or se il danno fosse stato previsto nel piano dell' opera indubbiamente esso avrebbe fatto parte del costo effettivo della strada e lo stato avrebbe dovuto contribuire per la sua quota, a norma della legge 23 luglio 1881. L' esenzione dall' obbligo dunque deriva da una imprevisione tecnica dei funzionarii dello stato. Or che l'obbligo dell' indennità non sia fondato sulla colpa è chiaro, essendovi altre fonti legislative che gli danno vita, come vedemmo, ma che la esenzione dall'obbligo debba fondarsi proprio su d'un elemento di colpa è un concetto che urta a bella prima col senso morale e giuridico degli osservatori spassionati, senza aggiungere che, se non si trattasse dello *stato*, in cui la dottrinale tradizione non suppone mai la mala fede, così come si faceva un tempo per gli atti della chiesa, nessuno potrebbe

liberarsi dal sospetto che nei progetti di queste strade non furon previsti simili danni appunto per non gravare il bilancio dei lavori pubblici della relativa quota di concorso. Nè varrebbe aggiungere che queste sono strade di proprietà delle *provincie* e che lo *stato* in fondo, coll' assumere parte dell' onere della costruzione, compia atto di *largizione.* Nei rapporti di enti pubblici questo discorso non ha senso. Quando il potere legislativo, regolatore delle funzioni e degli obblighi di tutti gli enti pubblici locali e dello stesso stato, riconosce che una data opera pubblica debba esser costituita con contributo di enti determinati, stabilisce con ciò stesso una presunzione di diritto: che quell' opera cioè interessi anche la nazione per la misura del contributo determinato, sia diretto od indiretto, prossimo o remoto, economico o morale il vantaggio contemplato dal legislatore. Nella relazione *Grimaldi* alla legge in discorso si dice: « Il governo, preoccupato dalla necessità di costruire opere pubbliche e soddisfare almeno in parte ai non pochi reclami, che all' uopo i comuni e le provincie gli rivolgono, presenta alla vostra approvazione un disegno di legge per costruzione di *nuovi lavori straordinarii stradali* ed idraulici pel decennio 1881-1890. Paese e parlamento sono da lungo tempo convinti del bisogno di provvedere quanto più largamente sia possibile e sempre compatibilmente con la condizione finanziaria, a nuove opere stradali e marittime ». E concludeva in questo modo: « Così *la benefica opera iniziata colla legge sulle ferrovie sarà proseguita,* e nei limiti delle nostre risorse finanziarie potremo dire di avere provveduto ai *bisogni della nazione* per opere pubbliche ».

4. Sgombrato così il terreno, è bene analizzare la vigente giureprudenza, che riassumeremo per brevità in due sentenze, l' una delle sezioni unite della *Cassazione di Roma* del 9 marzo 1899 e l'altra della *Cassazione di Napoli* del 23 marzo 1901 nella medesima lite tra Materi, Ministero dei LL. PP. e prov. di Potenza.

La prima sentenza si trovava di fronte ad un provvedimento di merito fondato su erronee basi giuridiche, in quanto che la Corte di appello aveva ritenuto che la responsabilità dello stato derivasse da colpa aquiliana per l' art. 1151 cod. civ. Le sezioni unite però non si limitano a cassare la sentenza per illegale motivazione, ma riesaminano la questione che risolvono a favore dello stato con un solo argomento; quello che la *responsabilità deriva dal rapporto dominicale della cosa che produsse il danno.* Il concetto è ripetuto in due brani. In uno è detto: « Essendo fuori contestazione che la strada ed il ponte fossero *di proprietà della provincia* e che lo stato avesse costruito l' una e l' altro per virtù di legge e per conto della provincia, alla quale vennero consegnati appena collaudati, ne consegue che se danni si fossero verificati per la esecuzione di quelle opere, la relativa a-

sione avrebbe dovuto esperirsi contro la provincia, *proprietaria* dell' opera pubblica, non già contro lo stato, *esecutore* soltanto, per funzione di legge, della medesima. Nell' altro è detto: « L' ente *proprietario dell'opera pubblica* deve per l' art. 46 della legge 25 giugno 1865 indennizzare i proprietarii dei fondi gravati di servitù o danneggiati permanentemente dalla esecuzione dell' opera pubblica ».

Come si vede, il nocciolo del quesito non è nemmeno toccato, limitandosi ad un' osservazione formale ed errata in ordine al rapporto dominicale tra la cosa e l' ente. Anzitutto qui non siamo in tema di *danni,* ma *d' indennità d' espropriazione*, come chiarimmo innanzi e non giova quindi mettersi il quesito sotto la formola di chi sia responsabile del danno prodotto dalla cosa propria, perchè così si ricasca nella dottrina repudiata della colpa aquiliana (art. 1153 e 1155 cod. civ.) che la Corte mostra, e giustamente, di respingere poco innanzi. Nè è esatto che l' art. 46 della legge di espropriazione sancisca che la indennità sia dovuta dal proprietario della cosa. Per quanto chiarimmo avanti, l'*indennità* dell'art. 46 è coefficiente od elemento del prezzo di espropriazione e quindi del *costo* dell' opera pubblica. Ora il vedere chi sia tenuto a questo coefficiente si risolve nel vedere chi sia tenuto al costo dell' opera.

5. E per verità pare che la Corte di appello di Potenza, cui la causa fu rinviata, con la sentenza 27 marzo 1900 siasi ispirata a questi concetti, quando ammise che lo stato fosse responsabile dell' indennità nei limiti del contributo di che dell' art. 4 della legge del 1881. Senonchè questo concetto fu repudiato dalla Cassazione di Napoli, la quale con l' arresto 23 marzo 1901, ispirandosi alla giureprudenza delle sezioni unite, volle confutare la sentenza di merito con due argomenti nuovi: « L' uno (essa dice) di analogia, desunto dall'art. 88 della legge 20 marzo 1865, l' altro ricavato della legge del 1881. Col primo è stabilito che in caso di variazione di classe restano a carico dell' amministrazione, che assume la cura della strada, non solo i contratti per il mantenimento, miglioramento e nuove costruzioni, ma ogni altra obbligazione inerente e dipendente da *fatti che si continuano o si verificano dopo la consegna della strada* medesima dall' una all' altra amministrazione. L' altra legge, poi, fu di concorso limitato nella somma di lire 425mila, e quindi non può parlarsi di responsabilità illimitata che lo stato non assunse per una strada della quale non era nè proprietario nè comproprietario ».

L'argomento analogico non corre, sia perchè la variazione di classe costituisce il passaggio della competenza passiva della strada da un ente all'altro, sia perchè l' essersi in questo caso sentito il bisogno d'imporre l'onere con un testo di legge significa che l'onere non può esser conseguenza logica e d'ordine generale del semplice fatto della per-

tinenza della cosa o dell'avvenuta consegna; e sia ancora perchè si tratta d'una disposizione transitoria, « per le strade che venissero a « variare di classe in seguito all'applicazione della presente legge », e sia finalmente perchè, parlandosi di obbligazione inerente e dipendente da *fatti che si continuano o verificano dopo* la consegna, non s'intese contemplare il caso d'*indennità d' espropriazione*, che si supposero già pagate all'epoca della consegna, ma di vere responsabilità per danni derivanti dalle strade stesse.

E prima di passare all'altro argomento è bene osservare che il *fatto della consegna della strada* è stato elevato dalla Corte di Cassazione di Napoli a tale importanza giuridica da sovrastare ad ogni altra argomentazione; e ciò appunto perchè la Corte non ha voluto mai avere la visione chiara del fondamento giuridico dell'art. 46 della legge speciale e dello scopo della legge del 1881, così come noi l'illustrammo. Ecco perchè non solo nell' arresto sopra ricordato ma principalmente, in altro posteriore del 25 luglio 1901, in causa *Pecorelli* c. *Prefetto di Salerno*, ha ravvisato nel semplice fatto della consegna la ragione culminante del decidere. Anzi in quest' ultimo arresto si è arrivato a dire: « Di tale responsabilità si potrebbe discutere sin quando la strada rimanga presso lo stato, fino a quando cioè non sia esaurito qualsiasi rapporto o funzione governativa relativamente alla strada costruita; ma dopo che la strada è consegnata alla provincia, dopo che da questa è stata accettata e la strada è quindi divenuta di proprietà della provincia, *che della strada ritrae tutti i vantaggi*, qualsiasi responsabilità verso i terzi, sia per *danni derivati dalla cattiva costruzione* della strada, sia per l' esercizio ulteriore della strada, non può che incombere direttamente ed esclusivamente alla provincia, cioè all' *ente proprietario* dell'opera pubblica (1) ».

Ora il fenomeno che un siffatto argomento preoccupa ancora lo intelletto dei nostri giudici superiori non è nuovo e deriva dal perchè la mente dei giudicanti, adusata alla stretta ginnastica del diritto privato, non può facilmente sollevarsi ad abbracciare e decidere rapporti di diritto pubblico o intercedenti tra enti di diritto pubblico. A parte che certa coltura non si improvvisa, gli è che manca anche l' abito a discernere nettamente criterii e relazioni che presuppongono una vita intellettuale in contatto continuo con lo svolgersi della vita pubblica nelle sue più svariate forme per adattamenti continui e continui movimenti. La rigidità del diritto privato mal si piega a disciplinare questo continuo divenire d'istituti in evoluzione.

Ecco perchè il concetto formale e tutto privatista della *responsabilità per danni derivanti dalla cosa, addossata al proprietario della cosa*

(1) Sentenza inedita.

stessa si aderge ad ostruire qualsiasi torrente di luce le nuove fonti del diritto moderno potessero mandare nell'intelletto dei nostri ottimi giudici delle magistrature superiori. Lo stesso concetto privatista di considerare la strada come *proprietà* dell' ente costituisce il primo ostacolo. Ormai la dottrina ha definito assai nettamente il rapporto che passa tra l'immobile demaniale e l'ente pubblico: questo rapporto di pertinenza è di natura giuridica diverso da quello dominicale non solo per la diversità del bene, che mira alla soddisfazione dei bisogni collettivi, ma anche per la diversità della persona giuridica, ch'è pubblica e che ha *fini* e *motivi* tutt' affatto diversi della privata. Basterebbe rilevare l'erroneità della concezione del rapporto di pertinenza per mostrare l'erroneità della dottrina. Così il *fatto della consegna* per tanto si eleva ad argomento decisivo per quanto la strada è considerata come un bene patrimoniale, d'indole privata. Non si è avuto il coraggio di dirlo chiaramente; ma è così una volta che tutta la costruzione è poggiata su tale presupposto.

E parimenti l' altro concetto tutto privatista che l'*equità civile impone che chi gode la strada sopporti gli oneri delle conseguenze dannose* risente della medesima preoccupazione del diritto privato; in quanto che se è vero che il privato è insieme il soggetto *attivo* nel godimento della cosa e *passivo* nel sopportarne gli oneri, per ciò che riguarda invece i beni di pubblico demanio (o di *uso pubblico* come il cod. civ. dice di quelli delle provincie e dei comuni) è la *collettività* che gode, non ristretta in alcun confine di muro o di fossa, ma allargantesi oltre gli stessi confini razionali per modo che agli enti pubblici è riservato soltanto l'onere della spesa. Parlare di godimento di beni demaniali da parte di provincia, di stato o di comune è un non senso giuridico. Si può solo questionare sui limiti della competenza pei provvedimenti relativi e per l'onere della spesa. Ma dovendosi decidere intorno alla *competenza passiva* della spesa, il criterio del *godimento*, ottimo pei rapporti di diritto privato, diventa non solo insufficiente ma addirittura inutile e fuor di luogo in siffatta materia. Nel diritto privato il *godimento* è correlativo dell' *onere: cui commoda et incommoda.* Nel diritto pubblico, e per le persone pubbliche, il concetto di *godimento* è incomprensibile. Il criterio dell' *onere* non dipende qui dal *godimento*, ma dalla *competenza passiva* organicamente determinata dalla legge su basi affatto diverse dal *godimento.*

La Cassazione napoletana, come dicemmo, aggiunge un ultimo argomento tratto dalla legge stessa del 1881, che lo stato cioè si sarebbe obbligato limitatamente alla somma determinata nella tabella stessa annessa e che rappresentava il preventivo della spesa secondo i progetti del genio civile. Anzitutto non è esatta l'affermazione intorno alla limitazione dell'obbligo dello stato. L'art. 4 dice nettamente:

« Il concorso dello stato per la costruzione delle strade provinciali di cui al n. 3 della tabella B è stabilito in ragione della metà della spesa *effettiva per le singole opere* descritte nell' elenco III ». Dunque la quota del concorso è proporzionata alla spesa *effettiva* non alla *preventiva*; il che basterebbe di per sè a risolvere la disputa nel senso favorevole alla nostra tesi. Le tabelle annesse hanno un valore puramente dimostrativo, per dare cioè al parlamento un' idea approssimativa circa l' onere finanziario che avrebbe gravato il bilancio dello stato. Non diversamente avviene nei rapporti tra provincia e comune per il concorso provinciale alla costruzione delle comunali obbligatorie, per cui, come è stato anche deciso dalle corti regolatrici, l'impegno di rilevare il comune da qualsiasi spesa, non ostante che all' epoca dell' impegno il consiglio avesse tenuto presente il preventivo assai esiguo dell' opera, importa responsabilità piena verso l'appaltatore di tutto il costo effettivo dell'opera stessa, comprese le varianti non previste e non approvate dall' amministrazione provinciale (1). I termini giuridici sono gli stessi nei rapporti tra stato e provincia e tra provincia e comune; perchè trattasi sempre di diritti subbiettivi di enti pubblici con contenuto patrimoniale.

6. L'errore di taluni è che nel rapporto dello stato questo provvedimento sia d' ordine diverso da quello della provincia, in quanto che mentre questo è d'indole amministrativa, quello è d'ordine legislativo. Anzitutto l'osservazione non avrebbe pratica efficienza, imperocchè, quale che sia la natura del provvedimento, trattasi nel presente dibattito di valutare la sua portata od estensione non già la sua natura. Che se poi dalla natura legislativa del provvedimento volesse argomentarsi che non si possa discutere l' impegno, come se si trattasse d'un ente locale qualsiasi, si sbaglierebbe in questo che qui non si discute dell'effetto dell'impegno, come dell'effetto d'un atto amministrativo ai sensi dell'art. 3 e 4 della legge sul contenzioso; ma la discussione è fatta intorno all' interpetrazione dell' art. 4 della legge del 23 luglio 1881 e questa interpetrazione rientra nella facoltà propria dell' autorità giudiziaria, sia pure a fine di determinare le obbligazioni patrimoniali dello stato.

Ma è poi esatto che il provvedimento parlamentare 23 luglio 1881 sia una *legge* nel vero senso e come tale debba essere trattata? La dottrina distingue la legge in senso *formale* ed in senso *sostanziale*. Formalmente è legge qualsiasi provvedimento abbia gli esterni requisiti costituzionali determinati dallo Statuto; sostanzialmente poi *legge* è soltanto quel provvedimento, che abbia non solo questi caratteri esteriori e formali; ma che contenga sostanzialmente una *norma giuridica*,

(1) *Prov. di Salerno e Gatti* Cass. Napoli, 29 giugno 1899.

in quanto regoli e disciplini un complesso di rapporti giuridici, creando limitazioni e diritti. Or nel provvedimento 23 luglio 1881 nulla di tutto ciò può ravvisarsi. Esso fa parte di quella categoria di provvedimenti impegnativi del bilancio dello stato, che abbracciano tutta la gran massa di opere pubbliche, le quali si vanno votando anno per anno sotto la ferrea pressione dei bisogni nazionali. Tutto questo complesso di provvedimenti, che pur portano l' epigrafe di *legge*, non sono che provvedimenti d'ordine *amministrativo* e non hanno con la *legge* di comune altro che la medesimezza dell' organo, che li genera. Più visibile la differenza è negli organi locali. Hanno questi anche una doppia funzione: quella della *legislazione locale*, e si appalesa con la *potestà regolamentare*, esplicantesi in disciplinamenti di vere norme giuridiche regionali e particolari con relative limitazioni e creazioni di facoltà negli enti e nei singoli; e l'altra che è funzione ordinaria di amministrazione, con emanazione continua di provvedimenti diretti alla soddisfazione dei bisogni delle locali collettività, sotto forma specialmente di opere pubbliche. Or le due funzioni che nei corpi locali si vedono distínte, sono parimenti distinte nell'organo centrale. Non tutti i provvedimenti legislativi sono leggi e il provvedimento 23 luglio 1881 è d'indole puramente *amministrativa* e tale che porta l'impegno giuridico dello stato verso la provincia a rilevarla sino alla determinata quota di concorso nella *spesa effettiva* della strada; e le tabelle annesse, più che essere considerate come le tavole di Mosè o dell' antica Roma, vanno considerate come semplici documenti alligati, per chiarire la *presunzione* del costo della strada, secondo il progetto *preventivo* del Genio Civile.

7. Un altro fatto che è valso alcune volte per l' addietro ad annebbiare la chiara percezione della responsabilità è la *esecuzione d' ufficio,* compiuta dallo stato, che, secondo alcuni avrebbe la figura di *mandato,* secondo altri costituirebbe la fonte vera dell'obbligazione dello stato sia verso i terzi che verso le provincie. Ora, a parte l' ibrido concetto di un mandato, che non risponderebbe a nessun elemento di fatto delle condizioni reali dei rapporti tra gli enti, la responsabilità non può mai aver radice in una funzione statuale, così come ha riconosciuto ormai pacificamente la giureprudenza, a proposito dei rapporti tra il Prefetto ed i comuni nelle strade comunali obbligatorie. Ora la funzione è la stessa tanto nei rapporti tra stato e comune, quanto in quelli tra stato e provincia. È sempre cioè l'energia statuale che si sostituisce all' inazione degli enti locali. Questo potere coattivo o surrogatorio è sempre potere statuale emanato dalla funzione politica dello stato; ma con ciò il sistema delle *competenze passive* delle spese e degli altri oneri stabiliti dalla legge non muta punto. È sempre l' *ente comune* o l' *ente provincia* che agiscono, deliberano, s'impegnano:

solo che l'*energia* che li muove non è l'autarchica e locale, quella cioè delle naturali rappresentanze, ma l'esteriore, ossia la centrale, quella della rappresentanza dello stato, per difetto d'impulso e vitalità nelle prime.

È così anche pel prefetto e per la giunta amministrativa rispetto ad altri organismi locali, comuni ed opere pie, nell'ipotesi d' inerzia agli atti obbligatorii a norma di legge.

È sempre la stessa *dottrina* dunque: altra è l'*azione* altra è l'*obbligazione*. L'azione può essere d'un ente superiore; ma l'obbligazione è sempre di quello per cui si agisce. Ma altra è l'AZIONE e l' OBBLIGAZIONE ASSUNTA PER L'AZIONE altra è l'OBBLIGAZIONE ASSUNTA PER LEGGE. La confusione di questi ordini di concetti importa l' annebiamento della dottrina.

10. Riassumendo, la fallacia della via, nella quale la giureprudenza delle corti superiori s'è messa, dipende in principal modo dai seguenti errori fondamentali:

a) dal voler fondare l'obbligazione sul rapporto di proprietà della cosa; il che involge una doppia serie di errori: confonde l' obbligo dell' indennità fondato sull' art. 46 della legge di espropriazione, e per esso sulla legge 23 luglio 1881, con la responsabilità extra contrattuale di diritto comune; considera il rapporto tra l' ente pubblico e l'immobile demaniale come della stessa natura giuridica del rapporto dominicale di diritto privato;

b) dal non aver voluto mai connettere l' art. 46 della legge di espropriazione all'art. 4 della legge 23 luglio 1881, sia per avere sconosciuto l' obbligo dello stato al concorso della *spesa effettiva* della opera, come la parola della legge dice, sia per non aver dato all'indennità quel solo valore giuridico, ch'esso ha nell'economia delle nostre leggi, come elemento o coefficiente cioè del costo dell'opera, non previsto nel piano dell' opera stessa.

Due soluzioni per ciò si presentano: o l'indennità deve cader tutta a peso dello stato, se si vuol ripristinare la dottrina della responsabilità per colpa aquiliana e soccorrerebbe anche l'equità perchè la non previsione è sempre colpa dei funzionari dello stato, che il danno non previdero nel piano dell'opera; o l'indennità deve sopportarsi dalla provincia e dallo stato in proporzione della quota di concorso, a seconda la serie cui appartiene la strada, se si vuole coordinare la risoluzione del quesito a tutta la dottrina moderna dell' obbligazione fondata sull'art. 46 della legge di espropriazione, indipendentemente da qualsiasi indagine di colpa.

Ma addossare, come fa ora la giureprudenza, tutto l' onere alle provincie costituisce non solo una negazione di questa dottrina giuridica, ma addirittura una grande iniquità, figlia della peggiore statolatria che abbia mai ingombrato nella storia lo intelletto ed il sentimento dei giudicanti.

Prof. Vincenzo Galante

SULLA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO CIVILE FATTA CON LA LEGGE 31 MARZO 1901

§ 1. — I criteri e la necessità della riforma.

I. È corso ben più di un anno dall'attuazione della legge 31 marzo 1901, che riforma il procedimento sommario. Il primo progetto legislativo sulla materia risale al gennaio 1868, due anni appena da che era andato in vigore il nostro codice di procedura civile. Durante più che un trentennio, mai legge ha avuto una così lunga e laboriosa incubazione parlamentare, insieme ad un' assai importante preparazione sperimentale, nella pratica forense, e dottrinale, negli scritti dei nostri giuristi. Negli ultimi anni ha visto pure andar in vigore, in Austria e in Germania, due complete riforme di ordinamento procedurale, esempi e modelli di ben più ponderoso ed organico lavoro, in cui è codificato qualche elemento egualmente informatore dei progetti della riforma nostra nel secondo periodo di elaborazione, che è stato quello più fortunato.

È lecito quindi che l'interpetre si domandi due cose: e cioè, non solo se questa legge ha trovato i migliori e più opportuni criteri atti a garentire la giusta libertà, che i litiganti devono rispettivamente avere di sottoporre ai giudici, in modo chiaro e completo, con metodo eguale e sicuro e in termine adeguato, le ragioni reciproche, tanto nei loro elementi di fatto e probatorii, che in quelli di diritto e di applicazione al lume della critica; ma anche se ha saputo sancirli, con chiare e precise disposizioni, bene coordinate al sistema generale ed alle disposizioni del codice in vigore.

Ed è a lui consentito il maggior rigore di critica, perchè più un'opera è di lunga mano preparata e più da opere di egual natura e genere è preceduta, più deve, sia nella sostanza che nella forma, accostarsi a quelle, le quali si potrebbero dir perfette.

II. Non è di questo luogo la storia dei lavori legislativi, che prepararono la riforma in esame in un duplice periodo, quello che va fino al 1891, in cui prevalse il concetto di mantenere al procedimento sommario il carattere eccezionale datogli dal codice e di elencare i casi ai quali andava applicato, e l'altro in cui si mirò addirittura ad un diverso e più razionale ordinamento del procedimento suddetto, visto che l'ordinamento datogli dal codice avrebbe potuto servire solo per un numero assai ristretto di cause, escluse molte delle cause stesse alle quali andava applicato per legge, mentre la pratica, cogli innumerevoli decreti di sommarietá, cercava di supplire al bisogno di una procedura più agile e sotto la immediata vigilanza del giudice, e con l'uso largo dei differimenti ed un bene inteso richiamo delle regole non esclusivamente proprie del rito formale, correggeva i più gravi difetti rilevati nell'applicazione degli articoli 389 a 392 del codice.

Nè posso minutamente esporre le regole con le quali è stato legittimato quel bisogno, dando la sanzione ad un nuovo procedimento, che non è quello sommario, nè quello formale del codice di procedura civile, ma ha dell' uno e dell' altro; si presenta sotto un duplice tipo, o una duplice forma, l'una applicabile alle cause più semplici, quelle per le quali era stato effettivamente in origine disposto il procedimento sommario, l'altra alle cause complesse, per le quali occorre un vero periodo istruttorio e avrebbe dovuto applicarsi il procedimento formale; vuol essere un ordinamento completo, per quanto chiuso nei ristretti cancelli dei 14 articoli della legge 31 marzo 1901; ed è il vero, ed in sostanza, l'unico procedimento vigente, quello ordinario di tutti i giudizi, perchè abroga il procedimento sommario del codice di procedura e fa rimanere solo per forma in vigore il procedimento formale: ciò forse per la maggiore facilità di ottenere l'approvazione di una legge, che si presentava sotto l'umile veste di una riforma frammentaria, mentre di fatto sconvolge tutto il sistema dei nostri giudizi civili, e per la necessità di presentare questa legge in forma speciale, sotto pochi articoli, i quali sarebbero inapplicabili, ove non presupponessero imprescindibilmente il richiamo alle disposizioni su tanti particolari istituti, oggi legiferati sotto il titolo del procedimento formale, e che, in una vera e completa riforma organica, avrebbero dato luogo ad una infinità di controversie e di dibattiti (1).

(1) A proposito della riforma del procedimento e dei progetti all'uopo succedutisi senza giungere ad esser legge dello stato, vedi le belle e limpide pagine del

III. È noto come oggi non vi sia alcuna parte del nostro ordinamento procedurale, la quale non venga fatta obbietto di studi e di proposte di riforme spesso concretate in appositi progetti di legge. Proposte nuove, come quella del Mortara, di dare forza esecutiva, per semplice decreto di giudice, condizionato nei suoi effetti alla mancanza di opposizione della parte debitrice, a tutti i documenti di credito regolari nelle forme, senza distinguere se pubblici o privati, chiedono il diritto di entrare nel sistema del codice, insieme a qualche legge recente, come quella del 24 gennaio 1896, che concede, in virtù di una semplice ordinanza del pretore o del conciliatore, forza esecutiva all' atto di licenza per rilascio di beni immobili, anteriormente alla scadenza del contratto di locazione, derogando così al principio dell'attualitá dell'interesse, richiesto per agire in giudizio (art. 36 c. p. c.) ed alla regola che non si possa procedere ad esecuzione per rilascio di beni immobili o mobili, se non per virtù di sentenza (art. 741 c. p. c.) (1).

Proposte di riforme organiche, come quelle che riguardano l'ordinamento giudiziario e che perciò andrebbero di necessitá coordinate all'odierna ripartizione delle competenze, si susseguono incessantemente, insieme a proposte di riforme particolari, come quella progettata dal sullodato Mortara, di estendere ai pretori la competenza nelle espropriazioni su beni di tenue valore, o l'altra sui beni mobili impegnorabili e i così detti beni di famiglia, di cui ogni tanto qualcuno parla anche tra noi. Le quali proposte, unite alla necessità di coordinare legislativamente al sistema del codice riforme già attuate, come, per non parlare della più recente, quelle circa i conciliatori e gli uffizi di conciliazione, che portano le date del 16 giugno 1892 e 28 luglio 1895, e quella sui probi viri del 15 giugno 1893, ed alla opportunitá di definire con apposite di sposizioni tante questioni per le quali la giurisprudenza, per difetto od oscuritá di legge, non si è potuta mai, almeno completamente e in modo definitivo, mettere di accordo, impongono la riforma gene- rale del codice. E la impongono tanto più, in quanto deve ormai cessare lo scandalo delle

---

Mattirolo, *Dir. giud. civile*, III, ed. 4., n. 570 a 591, pag. 468 e segg., e n. 497 a 512 pag. 402 e segg. 5ª edizione, apparsa mentre attendo a correggere le bozze di stampa di questo mio scritto. Vedi pure la profonda relazione del Mortara, al congresso giuridico tenuto in Firenze nel 1891, sul tema: *Quali sieno le riforme da introdursi nel codice di procedura civile per migliorarne il procedimento sommario e accelerare i giudizi di esecuzione col maggior vantaggio delle parti interessate.* Vedi ancora, Mortara, *Man. della proc. civ.*, ed. 3ª, I, n. 240 e segg. pag. 241 e segg.; La Rosa, *Il procedimento sommario*, Catania, 1902, cap. 1.

(1) A proposito di questa speciale procedura, vedi la recente sentenza della cassaz. di Firenze, 12 giugno 1902, *Giur. ital.* 1902, I, 1, 812.

procedure piene di complicazioni inutili e di ostacoli, che si prestino, con facili cavilli, o con sterili per quanto gravi controversie, a prolungare i giudizi, a stancare i meno abbienti e i meno abilmente difesi, per imporre l' arbitrio dei ricchi e di quelli che possono permettersi il lusso dei così detti principi del foro (1).

IV. Ma per limitarci alla materia strettamente attinente al procedimento dichiarativo, basta, per trovare degli esempi, ricordar solo quella categoria di incidenti, che studia la disciplina della formazione delle prove, disciplina la quale oggi, nella economia della legge del 31 marzo 1901, è tutta e solamente presupposta. Quanti dibattiti non sarebbero sorti se fosse stato appena annunziato che il così laborioso particolarissimo progetto di legge sul procedimento sommario si proponeva, in buona sostanza, non di riformare, ma di sostituire addirittura un nuovo procedimento ai due, che si trovano sanzionati nel codice?

Poniamo: fino a che punto e in che modo la fotografia ed il fonogramma possono servire all'accertamento dei fatti permanenti, che si fa mercè l'opera del perito, o a quello dei fatti transeunti, al quale serve la dichiarazione dei testimoni? Va ancora mantenuta l'assurda ed ibrida prova del giuramento, specie se decisorio, che si impone come prova legale alla coscienza del giudice ed apre l' adito, colle successive querele penali, a tante controversie, molte volte addirittura preordinate dalla parte che lo deferisce, e specie ancora ove si tenga ben conto dei fissi cancelli della formula (2), che sono un ostacolo insormontabile per le persone oneste, ma vano per i disonesti e per quelli a cui la passione di parte ottenebra la coscienza? Si deve ancora discutere se siano o non ammessi, secondo la nostra procedura, accessi e perizie giudiziari anteriori alla istituzione di un giudizio, o *a futura memoria*, come si suol dire, e non vada piuttosto provveduto esplicitamente, in senso affermativo, ad esempio dei recenti codici austriaco e germanico? Sarebbe opportuno prescrivere che le prove, per quanto sia possibile, si raccolgano sempre innanzi al collegio che deve decidere, e non solo innanzi ad un giudice delegato, che spesso non prende neppure parte alla decisione? Son forse disposizioni encomiabili quella che stabilisce, in modo assoluto, un divieto per valore alla prova testimoniale nelle sole materie civili; l'altra che prescrive il modo di redigere a verbale la deposizione

---

(1) La necessità di alcune di queste riforme e di altre ancora fu rilevata pure, nella discussione della legge del 31 marzo 1901, dal Pellegrini, al senato, nella tornata del 25 marzo 1901.

(2) Vedi a questo proposito la nota di Luigi Ferrara alla sent. della cassaz. di Napoli, 31 dicembre 1902, in *Rivista pratica*, 1903, fasc. II, col. 54 e segg.

del testimone, la quale più opportunamente potrebbe esser consacrata alla lettera, mercè la stenografia, come si fa secondo il regol. austriaco (§ 280); le altre ancora che pongono per le testimonianze tanti vincoli di termini, insufficienti a garentire le parti col rendere meno facile la corruzione dei testimoni, bastevolissimi invece a prolungare le liti ed a creare questioni puramente procedurali, mentre sarebbe tanto facile prescrivere che i nomi dei testimoni sieno preventivamente indicati nello stesso atto in cui si articola la prova, come si fa per es., secondo il codice germanico (§ 388) e il reg. austriaco (§ 245 n. 3 e § 288), senza quel garbuglio dei 30, dei 10 e dei 5 giorni, di cui parlano gli art. 232, 233, e 234 del cod. di proc. civ. e senza possibilità di questioni per liste aggiunte, decadenze e che so altro (1)? Perchè mai l'interrogatorio delle parti non è lasciato alla potestà del giudice, quando lo creda utile, senza che si sappia su quali circostanze le parti medesime saranno interrogate, come stabilisce per es. il codice di Ginevra, e non si estendono alla materia civile ed ai tribunali le disposizioni degli art. 401 e 417 del codice di procedura, relativi alla comparsa personale delle parti e al tentativo di conciliazione, tanto utile e tanto dimendicato dagli stessi pretori?

E mi fermo qui. Gli esempi addotti sono fin troppi per dimostrare che ove fosse stata menomamente accennata la vera portata della riforma in parola, questa non sarebbe ancor legge. Il progetto aveva tutta la modesta apparenza di poche regole limitate al tema del procedimento sommario, e sono occorsi trenta anni, perchè venisse in porto. Non sarebbe stato necessario un secolo per una riforma generale ed organica? (2)

V. Tutto ciò però non toglie che l'interpetre debba guardare alla sostanza delle cose, per dare alla legge del 31 marzo la vera portata che ha e non quella di una legge frammentaria e parziale, come si presenta.

E la sostanza della cosa, ove non da altro apparisse, è evidente nel rigore della regola contenuta all'art. 2 della legge, per la parte

---

(1) Dice il Mortara, nella relaz. al congr. giur. di Firenze, pag. 97: « Le formalità della istruttoria orale, specie per la più usata delle prove, la testimoniale, ben potrebbero nelle cause sommarie essere abbreviate e semplificate, con grande soddisfazione di tutti i pratici. »

(2) Si può sostenere, ad ogni modo, come disse il ministro guardasiglli on. Gianturco, alla camera, nella tornata del 2 gennaio 1901, che il codice di procedura civile, avesse bisogno soltanto di due emendamenti *fondamentali*: la riforma del procedimento formale e la riforma delle espropriazioni. Vedi in senso contrario: Mattirolo, III, ediz. 4, n. 587 e 588, pag. 492 e 493 ed ediz. 5ª n. 509 a 512 pag. 414 e segg.

che disciplina il mutamento del rito delle cause oggi ancora possibile, e richiede un provvedimento di giudice sempre, e addirittura quello del tribunale o della corte, ove non vi sia accordo tra le parti; e nella giusta comprensione fatta della mente del legislatore all'art. 11 del decreto di coordinamento, il quale dispone che l'appello, l'opposizione del contumace, l'istanza di revocazione e l'opposizione del terzo sono proposti con citazione ad udienza fissa, anche se in prima istanza la causa fu proseguita ed ultimata col procedimento formale (1).

§ 2. — Le regole fondamentali.

VI. Ecco ora i principii sanzionati dalla nuova legge. Ho detto che il bisogno additato dalla pratica forense, e per quanto le disposizioni del codice lo consentivano, messo addirittura in attuazione, era di un tipo di procedimento agile più che non fosse quello formale; suscettivo di opportuna dilazione, come non era, nella mente del legislatore del 1865, quello sommario; sottoposto, nel suo andamento, al continuo controllo e alla continua direzione da parte del magistrato, alla stessa guisa che accadeva nel procedimento sommario, ma senza il bisogno, che era in questo, dell'opera di tutto il collegio, potendo invece per molte cose essere efficace, ad esempio del procedimento formale, o sufficiente, ad esempio di quanto già accadeva nella pratica dei collegi giudiziari (poniamo, per i rinvii, che non erano di fatto deliberati dal tribunale o dalla corte, ma, in caso di disaccordo delle parti, ordinati dal presidente: art. 353 cod. proc. civ.) (2), l'opera del solo presidente, o addirittura del giudice delegato.

Questo si è ottenuto con un doppio ordine di disposizioni, le quali hanno in effetti sommarizzato, se posso esprimermi così, il procedimento formale, togliendogli la lungaggine dei termini, la complicanza delle forme, l'eccessivo predominio dell'opera dei procuratori, durante la procedura.

VII. Il primo ordine di disposizioni, attuando il risultato dello sperimento già fatto, ha ridotto in legge ciò che la pratica migliore dei collegi giudiziari aveva fermato, in virtù della larga e bene intesa applicazione dell'art. 392 del cod. di procedura. Si è avuto così una disciplina dei rinvii delle cause, che dal codice (art. 353) erano stati contemplati come mere accidentalità della discussione orale e neppure

(1) Vedi altresì l'art. 49 del decreto suddetto, secondo il quale le regole per la comparsa tardiva del contumace, la riapertura del contradditorio e la nuova disamina della causa, dettate pel procedimento sommario, si applicano anche nelle cause per le quali fosse stato ordinato il procedimento formale. Vedi su ciò Mortara, *Man*. I, ediz. 3ª n. 468, pag. 448.

(2) Vedi però Mattirolo, ed. 4, n. 546, a pag. 447.

menzionati sotto il titolo del procedimento sommario, e della discussione: si sono avute in più le regole per la comunicazione dei documenti e lo scambio degli scritti difensivi o comparse, il che, a tenore del codice (art. 390), avrebbe dovuto essere effettuato nell'udienza di discussione, come se fosse stato possibile difendersi senza certa scienza dei mezzi di istruzione delle parti avversarie (1). Si è avuta pure una esplicita disciplina degli incidenti, che ha reso inutile la necessità di innestare ulteriormente la procedura formale nelle cause trattate a rito sommario, specie allorchè queste non sieno basate essenzialmente su prove precostituite (2).

Nella disciplina dei rinvii, si è avuta la opportunità di distinguere i giudizi di indagine semplice o per i quali uno qualunque dei litiganti può aver premura per la pronta decisione, da quelli che meritano maggior ponderazione o hanno bisogno di istruzione, e quindi di un certo elasso di tempo tra l'inizio della lite e la sentenza (3).

Così l'unico procedimento ordinario per tutti i giudizi, poichè tutti si iniziano a rito sommario, con citazione ad udienza fissa (art. 1 legge), si sdoppia, è dà luogo a regole comuni a tutti ed a regole particolari a quelli urgenti o di breve o semplice indagine. Quindi, mentre per tutti può essere, a mo' di esempio, rinviata la discussione (art. 5 capoverso 3 ed art. 9 prima parte legge) e nominato il relatore (art. 5 ultimo capov. e 9 ultimo capov. legge), e tutti arrivano al collegio *a processo aperto*, solo gli urgenti o di semplice indagine richiedono il deposito preventivo dei documenti e non consentono rinvii, salvo il caso dell'art. 382 del cod. di procedura per la ripetizione della citazione a quello o quelli dei convenuti che fossero contumaci (art. 5 prima parte e 2 capov. legge).

VIII. Il secondo ordine di disposizioni, che è quello per il quale al magistrato compete la costante direzione della lite, senza bisogno che egli sia all'uopo provocato, e si assicura la continuità e la sollecitudine della trattazione della medesima, ha apportato delle vere innovazioni; tenuto conto che per i provvedimenti ordinatorii della lite sarebbe stato inutile immobilizzare tutto un collegio giudiziario, per fare solo atto di presenza; che sarebbe stato opportuno mantenere al presidente, nel nuovo procedimento ordinario, quella funzione giurisdizionale sulle controversie incidentali, che ha nel procedimento formale; e che, esteso il procedimento della nuova legge a tutte le

---

(1) Vedi, sulla pratica anteriore, Mattirolo, III, ed. 4., n. 561 e 562 p. 459 a 460.

(2) Mattirolo, op. cit. n. 563 e 564, p. 461 e 462.
Dig. *de feriis et dilationibus* 2,12; L. 36 e L. 45 Dig. *de judiciis*, 5,1.

(3) Sull'uso e la opportunità dei rinvii, vedi Mattirolo, III, ed. 4., n. 585, p. 586. Vedi altresì Buonamici, *Storia della proc. civ. romana*, vol. I, p. 26, 37, 38; L. 7

cause, spesso si sarebbe duvuto questo applicare a giudizi molto complessi, per i quali poteva essere utile la relazione di un giudice all'udienza.

La quale infatti, pur mantenuta unica, si è distinta in due fasi, quella tenuta dinanzi al solo presidente e l'altra in cui interviene tutto il collegio (art. 4 legge).

E la legge ha dato al presidente un largo potere ordinatorio della lite, affidandogli la disciplina dei rinvii e la risoluzione degl'incidenti, nel caso di accordo delle parti (art. 4 e 12 legge), o nei casi urgenti (art. 40 disp. di coord.), estendendo questa facoltá anche al giudice delegato per i mezzi istruttorii (art. 12 capov. 2. legge e art. 40 disp. di coord.); ha stabilito che la lite si svolga tutta dinanzi al presidente o al collegio e ritrovi la sua storia esatta nel foglio di udienza (art. 14 legge); ha concesso una larga facoltà di nomina del relatore (art. 5 ultimo capov. e 9 ultimo capov. legge).

§ 3. — I pregi.

IX. Da questi accenni, per quanto rapidi e sinteticamente dedotti, una cosa appare evidente, ed è che la nostra riforma ha, nei suoi principii, incontestabili pregi, e segna un effettivo e notevole progresso nel campo della legislazione procedurale. Sconoscere l'una cosa e l'altra significa dar prova di misoneismo e di leggerezza, per quanto frequenti altrettanto dannosi, perchè accreditano quella critica spicciola, la quale, per usanze perpetuate nei così detti studi legali, fa, in ogni regione d'Italia, tra il gran numero di pratici viventi nelle anticamere curialesche e negli ambulatorii dei tribunali, ancora rimpiangere, più che tutte le altre, le leggi procedurali preesistenti; come se il mondo non si fosse per nulla cambiato, e un secolo quasi non fosse corso.

L'aver attuato un tipo unico di procedimento, agile e pieghevole a tutte le contingenze dei giudizi; applicabile, senza estenuanti ritardi o precipitose soluzioni, ai giudizi più semplici e più facili, come a quelli ponderosi di gravi controversie o di lunghe ed intricate istruttorie, sieno le materie che vengono a dibattito di natura civile o sieno di natura commerciale; chiaro e preciso nel suo svolgimento, senza ostacoli di forme e di termini troppo complicati e diversi, e troppi pericoli di impensate nullità o decadenze, è certamente merito e progresso grande. E questo, ancorchè tutto il concetto della riforma non sia stato messo in attuazione e seguito fin nelle ultime conseguenze, o per la impossibilità di frugare o rimuginare in tutto un sistema di codice, e rendere più urgenti le riparazioni fondamentali richieste dal vecchiume complicato dei suoi edifizi, o per insufficiente attitudine, incompleta comprensione, tumultuaria applicazione di quel concetto me-

desimo, da parte di tutti coloro, i quali, nel sistema parlamentare, finiscono per aver parte alla formazione o all' assetto definitivo di ogni legge (1).

X. Ecco come i pregi succennati si riscontrano nella riforma italiana. Secondo questa (è lecito sicuramente affermarlo) non saranno piú giudizi, e procedure relative, ignoti al magistrato che deve decidere, e trascinantisi indefinitamente tra gli studi dei procuratori e le cancellerie giudiziarie, con una sequela di atti spesso di pura forma, come se ad essi avesse dato autorizzazione l' aggettivo formale, che in tutt'altro senso si adopera a qualificare l'antico procedimento ordinario segnato dalla legge.

Inoltre, si precisa l'importanza fondamentale dell' atto introduttivo del giudizio, che dà, malgrado non vi sia preventiva autorizzazione di giudice, tanto all'attore che al convenuto, il diritto di veder risolvere la controvesia sollevata, pel solo fatto di averla sollevata, con facoltà di abbreviare, ove d' uopo, la dilazione prestabilita, fermare una udienza a più breve scadenza, e chiedere la discussione della causa senza inopportuni rinvii (Arg. art. 1 capov., art. 5 prima parte e 2. capov. legge, art. 51 capov. 3. decreto di coordinam.). E finirà, speriamolo, una buona volta, la questione del momento della *contestazione della lite*, che si trascina ancora su per i trattati, ed incaglia la definitiva risoluzione di tante questioni, ad es., quella che riguarda l'accettazione della rinunzia agli atti del giudizio (2) Poichè, accertato che la citazione, appena notificata, porta che la *istituzione del processo* sia nell' arbitrio di entrambe le parti, diventa puramente accademica ed effetto di anacronismo la ricerca del momento del quasi-contratto giudiziario o di quello in cui si fermi il tema della lite.

Si toglie ancora, o meglio, ci si avvia a far ciò definitivamente, con la facoltà data all'art. 5 della legge, ogni vieta distinzione tra le ma-

---

(1) La nuova legge non è stata dunque una codificazione pura e semplice di quanto già si praticava con sufficiente uniformità nei tribunali e nelle corti. Ma anche ove fosse stato così, la riforma era sempre giustificata se non altro « dalla convenienza di non lasciare le garenzie della procedura nell' arbitrio assoluto delle interpretazioni. Se quelle dei magistrati sono talvolta pericolose, perchè creano differenze inesplicabili da luogo a luogo, e perciò malcontenti spiegabili se non giustificabili, quelle del governo sono da temere assai più. V' è il pericolo che ad ogni mutazione di ministro il codice di procedura civile assuma una figura nuova; e che in breve volgere di anni la valanga delle circolari e delle istruzioni finisca per affogare nella massima delle confusioni le menti dei magistrati e dei difensori. Al *diritto* di ottenere la guarentigia di libera e sicura difesa nelle formalità del processo, verrebbe per lo meno a sostituirsi la *incerta speranza*, secondo la direzione del vento presidenziale o ministeriale (Mortara, Relazione al congr. giur. di Firenze, pag. 93) ».

(2) V. Galante, *Sulle rinunzie agli atti del giudizio*, Napoli, 1901, n. IV, p. 18 e segg.

terie civili e le materie commerciali, perchè tutte meritano egual garenzia e non sono, sempre e sole, le seconde più urgenti delle prime, come vorrebbe il criterio prettamente empirico del legislatore del nostro codice di procedura civile e di quello di commercio (1). Ed è perciò da augurarsi che tra breve, non solo vedremo abrogata l'inconsulta disposizione degli art. 157 e 436 del cod. di procedura, comminanti pene disciplinari contro il cancelliere, il quale abbia firmato una sentenza mancante della menzione che sia in causa commerciale; ma vedremo altresì eliminate tante altre controversie, come quella che si è fatta per sapere il criterio da adottare nella distinzione delle sentenze commerciali dalle civili, agli effetti della commisurazione dell'inutile termine diverso per appellare (2).

Si stabiliscono in parte, e ci si avvia a stabilire completamente, con semplicità di forme, parco uso dei termini, e quindi rare comminatorie di nullità strettamente procedurali, i modi per assicurare la cognizione dei documenti che vengono esibiti, lo studio delle difese rispettive, la possibilità della controesibizione di altri documenti e della controdeduzione di altre difese, il facile svolgimento di ogni altro mezzo istruttorio, e tutto sotto la direzione continua del presidente o di un giudice delegato, occorrendo il rinvio al collegio solo quando, sulle reciproche pretese, rendesi necessario un più solenne pronunziato che le dirima.

XI. È vero che tutte queste cose non risultano limpide e sicure dalla legge, nè sono da essa completamente attuate; trovano ostacoli nel più gran numero delle referenze col codice, nè si coordinano bene con tutte le disposizioni, che in esso rimangono in vigore. Ma è vero pure che alle deficienze, sia di diretta e completa comprensione di principii, sia di coordinazione e di attuazione, ha provveduto il decreto contenente le disposizioni di coordinamento, che porta la data del 31 agosto 1901. In esso, lo scopo della riforma, la mente del legislatore che la dettò, il bisogno di coordinarla e di completarla in tutto il sistema del codice, appaiono assai più evidenti non dico che nei magri e scarsi articoli della legge, ma addirittura che in tutti i lavori preparatorii della medesima, malgrado tali disposizioni avessero il non facile compito di dipanare una ben aggrovigliata matassa.

---

(1) Non senza scopo l'art. 4 del decreto di coordinam., esplicando, insieme con l'art. 3 precedente, il concetto contenuto nell'art. 161 del codice, a riguardo del procedimento formale, e riferendosi all'art. 396 del codice medesimo, speciale pel procedimento formale nelle cause commerciali, parla delle notificazioni degli *atti di istruzione* è delle *ordinanze*, ma omette di parlare della notificazione delle *sentenze*, che pur sono mentovate dall'art. 396 suddetto (Vedi Mortara, *Man.* I. n. 253, pag. 263).

(2) Vedi su ciò, recentemente, Vittorio Scialoja, *Sull'art. 485 del codice di proced. civile (La Corte di appello,* Napoli 1903, n. 5, pag. 130 e segg.).

§ 4. — I difetti.

XII. I difetti però della nuova opera legislativa restano pur sempre, e poichè ho detto che non sono nei principii suoi informatori, è chiaro che bisogna ricercarli nell' attuazione dei medesimi.

Evidentissimo innanzi tutto il difetto di origine, quello già notato, che la legge ha, di presentarsi sotto la veste di una riforma del procedimento sommario, mentre in sostanza e malgrado le negazioni troppo ripetute, specie durante l' ultimo periodo preparatorio della legge medesima, non solo sanziona un procedimento affatto nuovo e a doppio tipo, *sommario*, per dir così, e *sommariissimo*, ma rende questo procedimento ordinario per tutte le cause indistintamente e fa rimanere soltanto in via speciale e di eccezione, dietro opportuno e necessario pronunziato del presidente o del collegio adito, la possibilità di proseguire col procedimento formale un giudizio già iniziato con quello ordinario, o sommario che si voglia. E questo difetto porta a conseguenze gravissime. Fondamentale quella della inapplicabilità dell'art. 392 del codice di procedura, che non è stato neppure richiamato in uno qualunque dei quattordici articoli della nuova legge, e che, stabilito per risalire dal procedimento sommario, che era di eccezione, a quello formale, che era la regola, non potrebbe invocarsi per discendere dal nuovo procedimento sommario, che è di regola ed ordinario, a quello formale, che è di eccezione. Eppure questo strano riferimento è imprescindibile e presupposto dallo stesso legislatore, quando autorizza le disposizioni di coordinamento. Coordinamento con che, se non con le regole dettate sotto il capo del procedimento formale, una volta che sotto quello del procedimento sommario non ci sono regole presopposte dalla nuova legge, o sono regole di poco conto e d' interesse poco sostanziale (1)?

Nè il difetto è solo di sistema e che potrebbe quindi rilevarsi nel solo campo della dottrina, perchè accade di ritrovarlo nella risoluzione di tante questioni pratiche.

In prova basti qualche caso per tutti. Si ricordi la disposizione dell' art. 11 del decreto di coordinamento, la quale è nel campo di

(1) Nella relazione Bonacci sul progetto presentato al senato il 27 marzo 1893, si legge: « Non è fuor di proposito aggiungere che, rimanendo sempre, sebbene entro orbita più ristretta, il procedimento formale, e restando immutato il disposto dell' art. 392 del cod. di proc. civ., esso basta ad eliminare la necessità di altre disposizioni per ciò che concerne la polizia delle udienze, l'accertamento della contumacia, l' ordine della discussione, la consegna degli atti al cancelliere ed altre simili formalità regolate nel cod. di proc. civile con disposizione ugualmente applicabile al procedimento formale ed al sommario. »

applicazione della legge solo ove s' interpreti che questa contiene la regola del procedimento e non la eccezione. In contrario, o avrebbe dovuto stabilire che, mutato una volta il procedimento, questo si seguiva anche negli stadi ulteriori del giudizio (1), o la disposizione sarebbe stata, come si dice incostituzionale (2). Si ricordi poi la facoltà, che ha tuttavia il presidente, di rimettere, secondo l' art. 185 del cod. di proc. civ., in caso di disaccordo, le parti, *ad udienza fissa*, per la risoluzione dell' incidente *o anche del merito*, e si pensi ad una lite che prosegua col procedimento formale. Rimesse dal presidente le parti, ad udienza fissa, per la risoluzione dell' incidente e del merito, la causa va all' udienza come causa sommaria, e quindi *a processo aperto*, o come causa formale? Se fosse lecito argomentare secondo il criterio segnato nel codice (art. 392) e presupposto nella legge del 31 marzo, quando parla del necessario coordinamento delle disposizioni nuove alle altre vigenti, bisognerebbe dire che la causa prosegue col rito formale. Ma poichè la logica e i principii giuridici portano che si ricorra alla regola ordinaria, quando non risulti esplicitamente disposta una cosa in quella speciale, e poichè il procedimento formale non è più il rito ordinario, ma « *una fase*, per cui può talvolta passare il giudizio civile, per ricevere una più matura istruzione (3), » è chiaro che quando in una causa rimandata al procedimento formale, ci sia domanda di unione dell' incidente al merito, questa « è semplicemente un modo per ottenere il ritorno al procedimento ordinario (4). »

XIII. Comunque, il procedimento formale oggi non è affatto necessario, per una più matura istruzione del giudizio, come si è creduto dal nostro legislatore ; perchè l' attuale procedimento sommario è, nei suoi principii, disposto per rispondere anche ai bisogni istruttorii e di discussione delle cause più complesse e di più intricata indagine. E il procedimento formale resta nel codice, oltre che per ingarbugliare gl' interpreti con i dubbi dei riferimenti, anche per creare difficoltà con nuove ed incerte questioni di procedura.

L' esempio di quanto asserisco può capitare proprio all' inizio del giudizio. Supposto che sia stato ordinato di proseguirsi una causa col rito formale, può darsi che l' attore non depositi i documenti di cui parlano gli art. 158 e 393 del cod. di proc. civ. (e propriamente quelli di cui offrì comunicazione), nel termine di cinque giorni dal provvedimento giudiziale (art. 2 ult. capov. legge). Che cosa accadrà? Contumace non

(1) Alla stessa guisa che si riteneva prima nei casi di autorizzazione a procedere in via sommaria : Mattirolo, III, ediz. 4. n. 557 p. 455.

(2) La stessa cosa può dirsi anche per l' art. 49 ult. cap. del suddetto decreto di coordinam. ricordato al n. V, in nota.

(3) Mortara, *Man.* I, n. 292 p. 314.

(4) Mortara, op. e loc. cit.

può essere dichiarato, perchè il provvedimento di mutazione del rito suppone l'accertamento della comparizione delle parti e contiene pure la dichiarazione di contumacia (art. 2 legge e 10 disp. di coord.): e intanto la causa come prosegue? Il convenuto non ha obbligo di rispondere: per lui non ancora può decorrere il termine di quindici o cinque giorni degli art. 164 e 394 del cod. di p. c. rispettivamente. Ma se non ha obbligo, ha facoltà di rispondere, perchè ha acquistato il diritto di veder decisa la causa e di far iscrivere questa a ruolo di spedizione? Parrebbe che sì, e che non ci dovrebbe esser bisogno di alcun atto all' infuori della comparsa. Ma ecco già la prima complicanza, ed ecco il bisogno di una disposizione apposita, sentito dal redattore del decreto di coordinamento, disposizione la quale prescrive che bisogna fare addirittura una nuova citazione per biglietto, e proprio secondo le norme del procedimento formale (art. 12 cap. disp. di coord.) (1). E si torna da capo. E si mantiene ancora, per questo caso eccezionalissimo e per l'altro anche raro della riassunzione d'istanza (art. 10 ult. capov. disp. di coord.), l'ingombrante diritto di incolato nel codice alla citazione a rito formale ed alle relative norme (2).

§ 5. — I termini pel deposito preventivo dei documenti.

XIV. Per di più la legge del 31 marzo presenta gravi difetti di redazione. Lasciamo da parte qualche svista, come quella dell'art. 2

(1) Mortara, *Manuale*, I. n. 273 bis, pag. 293. Secondo il Mortara, intervenendo così una *nuova citazione*, potrà ottenersi mercè di essa *la dichiarazione di contumacia* a carico dell' attore, se persista nella non comparizione, o del convenuto, se sia esso il non comparente. Ma il Mattirolo (III, ediz. 5,ª n. 586, pag. 483) giustamente osserva che sarebbe stato più logico e più semplice autorizzare il convenuto a proseguire la causa a partire dal giorno della scadenza del termine entro cui l'attore avrebbe dovuto depositare i suoi documenti, e che in ogni caso, questa nuova citazione per biglietto *non distrugge nè può distruggere gli effetti del primo atto della citazione*, in seguito alla quale entrambe le parti sono regolarmente comparse all'udienza ed hanno costituito il giudizio *in contraditorio*.—Per una contraddizione incorsa dal Mortara con lo stesso art. 12 del decreto di coordinam. vedi Mattirolo, op. e loc. cit. n. (1) alla pag. 482.

(2) E si noti altresì che a norma del secondo capov. dell'art. 10 del decr. di coordinamento « quando *si* DEBBA *rinnovare la citazione*, a norma dell' art. 382 del cod. di proc. civ., non puó essere ordinata la mutazione del procedimento prima di tale rinnovazione. » In questo caso la citazione va quindi fatta ad udienza fissa. Resterebbe il caso in cui si tratti di un solo convenuto contumace o di più convenuti non citati in persona propria e tutti contumaci (art. 382 prima parte c. p. c.). Il capov. 2. dell'art. 10 del decreto di coordinamento, si riferisce anche ad esso, o la mutazione del procedimento potrebbe essere ordinata prima della rinnovazione della citazione, in modo che questa verrebbe rinnovata a rito formale?

ult. capov., che richiama erroneamente l' art. 165 del codice, notata dalla relazione ministeriale, che accompagna il decreto 31 agosto 1901 (1), e qualche espressione almeno un pò dubbia, criticata, durante la discussione parlamentare, come quella dell' art. 5, che dà diritto *alle parti o ai loro procuratori* di esaminare i documenti. Era parso infatti che questa espressione includesse deroga al principio che avanti i tribunali civili e le corti di appello le parti devono essere rappresentate da un procuratore legale. Ed è curioso che pur negandosi di accordo la deroga, la espressione medesima sia stata in modo diverso chiarita dal ministro guardasigilli on. Gianturco e dall' ufficio centrale del senato (2).

Fermiamoci un poco all' art. 5 e agli art. 8 e 9 della legge, che sono di grande importanza, perchè concernono in ispecie la discussione dinanzi al tribunale, nei casi ordinari, in seguito agli opportuni differimenti, e quella nei casi speciali o urgenti, in cui non precedono differimenti.

Ricordo innanzi tutto che, secondo il primo di tali articoli, ciascuna delle parti, per aver il diritto di far discutere la causa nell'udienza stabilita, ha facoltà di depositare i documenti nella cancelleria *almeno quattro giorni prima* di quello fissato per l' udienza, e che tale termine per le cause commerciali è *ridotto alla metà*. Intanto può accadere che all' udienza stabilita nell' atto di citazione il termine di quattro o di due giorni non si trovi compiuto, per diversi motivi, e cioè: 1) per fatto della parte che ha eseguito il deposito , o nel caso che il depositante sia stato l' attore, per fatto del convenuto, in quanto si sia valso della facoltá di abbreviare il termine dato a comparire (art. 1 capov. legge); 2) per l'abbreviazione del termine legale a comparire concessa dal presidente; 3) per l'applicazione dell'art. 147 n. 1, del cod. di proc., che concede , nelle materie commerciali (art. 876 c. di com.), la facoltà di citare, quando il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire sieno nel territorio dello stesso comune, col termine minimo di due giorni, in cui va escluso il *dies a quo*; mentre i due giorni pel deposito dei documenti, devono, secondo l'espressione della legge, esser liberi, ossia senza computare nè il *dies a quo* nè il *dies ad quem* (art. 13 decreto di coord.).

---

(1) Vedi peró la discussione fatta e i diversi pareri manifestati al proposito, in Cuzzeri, *Note* ecc., all' art. 2, n. 9. Vedi pure Mattirolo, III, ediz. 5.ª, n. 583 e segg. pag. 479. Questo scrittore, insieme col Carcani da lui citato, ritiene che si tratti di un errore di collocazione dell' art. 165, il cui richiamo avrebbe dovuto farsi in fine del comma dell' art. 2, insieme agli art. 164 e 394, e non insieme agli art. 158 e 393.

(2) Vedi il verbale della tornata della camera del 25 gennaio 1901 e la relazione Carnazza-Puglisi presentata al senato il 30 detto mese ed anno.

Il legislatore non ha pensato a queste ipotesi (1). Si trattava di cosa spettante più opportunamente alle disposizioni di coordinamento? A me pare di no: perchè, se è opera di previdente legislatore affrontare le controversie di interpretazione, e risolverle, non è egualmente cosa ben fatta affidarle ad altro potere, tanto più se diverso dal giudiziario, e si pensi che la soluzione data, ove non si imponga come l'unica possibile, può dar luogo a più gravi controversie di legittimità. E questo è tanto più grave, in quanto, tra i rimproveri che si son fatti alla legge del 31 marzo, v'è pur quello di contenere disposizioni, che meglio sarebbero state in un regolamento. Una volta che si era cominciato ad abbondare, perchè non continuare nello stesso sistema e dare un complesso di regole organico e completo?

Quanto alla prima ipotesi infatti, è di elementare giustizia che se il termine di quattro o di due giorni rimanga all'attore depositante incompleto, per fatto del convenuto che avesse abbreviato la dilazione concessagli nella citazione, l'attore, come dispone l'art. 15 capoverso del decreto di coordinamento, « potrà astenersi dal ritirare i documenti e chiedere l'integrazione del termine mediante differimento della causa ad una udienza prossima. » Però può sembrare non giusto che la facoltà spetti pure ad uno qualunque dei litiganti, anche quando nel giorno dell'udienza il termine prefisso pel deposito non si trovi compiuto per fatto suo proprio, ossia per sua negligenza (2). A rigor di logica non dovrebbe esser ammesso a fruire di un beneficio di legge, chi volontariamente si mette fuori delle condizioni stabilite per quel beneficio. L'art. 15 capov. delle disposizioni di coordinamento si ispira benvero ad una bene intesa larghezza nell'interpretare la mente del legislatore, in quanto guarda alla sostanza della cosa (cioè che si abbia di fatto il termine creduto sufficiente per l'esame preventivo dei documenti e per approntare le opportune difese) e tien conto della nessuna decadenza comminata, senza preoccuparsi della distinzione formale delle cause differibili e di quelle che non lo sono, secondo che sia stato o non fatto, nei termini di legge, il deposito preventivo dei documenti. Ma questo, bisogna rico-

---

(1) Il Mortara però, nella relazione al congr. giur. di Firenze, pag. 87, aveva scritto: « È ben inteso, che nei casi in cui la brevità del termine a comparire renderebbe illusorio l'effetto dei depositi, od impossibile al convenuto l'osservanza del termine accennato, la facoltà delle comunicazioni preventive verrebbe ad incontrare una naturale limitazione. Niuno invero, può confidare nella utilità, e nemmeno nella serietà, di comunicazioni affrettatamente scambiate, a distanza di poche ore dall'udienza, quando tutti i più piccoli ritagli di tempo sono utili e preziosi ».

(2) Vedi Cuzzeri, sull'art. 5, n. 4.

noscere, non è nè opera di stretto *coordinamento*, nè di semplice *attuazione*, sibbene di *interpretazioni* (1).

Giustamente coordinatrice e complementare appare invece tutta la disposizione dell'art. 16 del suddetto decreto, a riguardo della seconda ipotesi innanzi spiegata. In essa si dice che « il presidente, quando autorizza la citazione a termine abbreviato, per modo che il deposito dei documenti non possa aver luogo quattro o rispettivamente due giorni avanti l'udienza, può con lo stesso decreto permettere il deposito dei documenti, per l'effetto previsto nel secondo capov. dell'art. 5 della legge, purchè il deposito sia eseguito prima d'intimare la citazione e notificato con essa. »

Ma senza il successivo art. 17, si sarebbe imposta egualmente all'interprete la disposizione pur coordinatrice dell'art. 16 anche alla terza ipotesi, ossia quella in cui il termine minimo a comparire sia di due giorni non liberi? La parte che fa il deposito aveva in questa ipotesi la facoltà, ove avesse voluto giovarsi del beneficio della discussione della causa all'udienza stabilita (art. 5 secondo capov. della legge), di concedere nella citazione un termine maggiore del minimo (art. 147 n. 1 c. p. c.) e tale da far decorrere i due giorni liberi (art. 5 prima parte legge).

È vero che, per conciliare due diritti dati egualmente dalla legge, non è forse più spediente eliderne uno, invece di coordinarli e farli coesistere mercè una breve dilazione, che nei fini della legge medesima non è certamente esclusa. Ma è questo forse un ragionamento che andava riservato al potere esecutivo, e non bisogna dire invece

---

(1) Lo stesso criterio ispira altresì la disposizione contenuta al capov. 4 dell'art. 49 del decreto di coordinam., secondo la quale « la parte tardivamente comparsa può esaminare in cancelleria gli atti e documenti delle *altre parti*. *Queste* hanno diritto di far discutere la causa all'udienza stabilita, purchè si uniformino alla disposizione della prima parte dell'art. 5 della legge *qualora intendano comunicare nuovi documenti*. » Potrebbe osservarsi che l'art. 5 concede il diritto di chiedere ed ottenere la discussione della causa all'udienza stabilita solo per chi abbia fatto il deposito di *tutti* i suoi documenti, e che il deposito deve farsi almeno 4 o 2 giorni *prima di quello fissato per l'udienza*. Sennonchè è facile rispondere che la legge, parlando di *udienza*, non ha specificato quella fissata nella citazione; e perciò la disposizione può intendersi estesa tanto all'udienza fissata per rinvio, quanto a quella assegnata dal presidente in seguito alla decretazione di riapertura del contraddittorio. Inoltre la legge medesima, parlando di deposito di *tutti* i documenti, non esclude che questo possa farsi in più di una volta, salvi sempre i termini stabiliti, e proprio al capov. 4 dello stesso art. 5, nel caso di rinvio della discussione, dice che il presidente « sulla domanda di una delle parti, incaricherà uno dei componenti del collegio di fare la relazione della causa all'udienza, stabilendo fino a quando *le parti* avranno diritto di depositare comparse aggiunte e *nuovi documenti* ».

che questo, ancora una volta, coll' art. 17 già menzionato, ha dovuto fare opera di interpretazione, per facilitare l'attuazione di una legge così frammentaria ed incompleta e non rendere illusoria più che in fatto non sia, come la pratica forense viene dimostrando, la concessa possibilità della pronta discussione delle cause urgenti?

E si noti che, nella relazione dell' ufficio centrale, presentata al senato, nella tornata del 30 gennaio 1901, parlandosi dell' art. 5 del progetto, viene avvertito quanto segue: « Questo articolo, a prima giunta, par che voglia contraddire all' art. 876 del codice di commercio; ma quando si considera che trattasi solo di allungare il termiue brevissimo di due giorni nei giudizi commerciali, e che ciò stesso può anche essere corretto regolarmente con la limitazione nella sua applicabilità, alle cause per le quali è dato un maggior tempo nel termine a comparire, evidentemente si deve escludere l'idea di qualunque emendamento ».

Inoltre, l' articolo 17 dice: « La disposizione dell' articolo precedente si osserva quando il termine normale a comparire assegnato dall' attore sia quello stabilito nel n. 1 dell'art. 147 del cod. di proc. civ. » Ed accade di domandarsi: nell' art. 16 si richiedono due cose: a) il permesso del presidente, b) la esecuzione del deposito prima di intimare la citazione e la notificazione con essa. Occorre, per i casi dell' art. 147 n. 1, la osservanza di tutte e due queste condizioni, e quindi anche il permesso del presidente, o solamente della seconda, e quindi la esecuzione del deposito e la notifica senza il permesso del presidente? Il Mortara (1) dice che occorre solo la seconda condizione: e nei fini della disposizione la cosa va a questa guisa. Ma certamente l'art. 17, nella sua dizione, spiega proprio che occorrono le due condizioni, e non la seconda soltanto (2).

§ 6. — I modi di comunicazione dei documenti.

XV. Ma procediamo oltre. Vedremo ancora più gravi difetti. Gli articoli 5, 8 e 9 della legge 31 marzo 1901 disciplinano tre cose sostanziali del nuovo procedimento civile, e cioè: la comunicazione dei documenti, lo scambio delle difese scritte, la nomina del relatore; tutto ciò perchè la causa, pur venendo dinanzi al collegio a processo a-

(1) *Manuale,* I, n. 258, pag. 269.

(2) Data la via seguita dal decreto 31 agosto 1901, si sarebbe potuto anche aggiungere, come la dottrina ora ritiene ed ho ricordato poco innanzi, che al deposito dei documenti seguìto quattro o due giorni liberi anteriormente ad una *udienza di rinvio*, non si possono negare gli stessi effetti attribuiti al deposito eseguito anteriormente all'udienza fissata nell'atto di citazione. Vedi in questo senso Mattirolo, III, ediz. 5ª n. 523, pag. 430 e gli scrittori da lui citati.

perto, sia in grado di essere opportunamente discussa nei riguardi di tutte le parti senza tema di sorprese o di tendenziose precipitazioni.

Stando alla lettera della legge, l' art. 5 considera esclusivamente i casi in cui una delle parti abbia fatto il deposito di tutti i documenti allo scopo di avvalersi della facoltà di far discutere la causa nella udienza stabilita, mentre gli articoli 8 e 9 considerano invece esclusivamente i casi ordinari in cui non vi sia stato deposito preventivo di documenti. Però, già ai primi interpreti, tanto l' art. 5 da una parte, che gli art. 8 e 9 dall' altra, sono apparsi incompleti, perchè è sembrato che in tutti e tre vi sieno regole generali per ogni ipotesi e regole particolari alle ipotesi rispettivamente previste. Onde la questione di sapere quanto nell' art. 5 sia principio generale applicabile anche agli art. 8 e 9, e quanto sia invece norma particolare, e viceversa (1).

XVI. Fermiamoci un poco alla comunicazione dei documenti. Le forme attualmente stabilite sono tre: la comunicazione all'udienza, il deposito in cancelleria, la comunicazione concordata fra le parti. Delle prime due forme si parla agli art. 5, 8 e 9 della legge, dell'altra, che è implicita nelle due prime, all'art. 19 del decreto di coordinamento.

Ma non devo tacere che nella discussione del progetto di legge fatta al senato (2), qualcuno già anticipò qualche dubbio che farebbe sembrare illegittima la disposizione dell'art. 19 del decreto di coordinamento, in quanto violerebbe un obbligo fiscale, sulla base di un' implicita autorizzazione del legislatore alla comunicazione concordata dei documenti, desunta dagli art. 5, 8 e 9 della legge. Il vero si è però che l'obbligo fiscale, nel senso indicato, non c' è. Il fiscalismo tra noi imperante esige che i documenti, nell'atto che vengono depositati, si trovino debitamente assoggettati alle formalità del bollo e del registro, ed è giunto pure a far decidere che l'autorità giudiziaria non può ammettere, poniamo, una prova orale, pur consentita dalla legge, quando le risulti che nella

(1) Mortara, *Manuale*, I, n. 267, pag. 283.

(2) Avendo il Pellegrini notato al senato, nella tornata del 25 marzo 1901, il divieto, a suo parere contenuto nel progetto, della comunicazione *brevi manu* dei documenti, il relatore Carnazza-Puglisi, nella tornata del giorno successivo, rispose: « Ma chi ha negato e chi può negare, che se domani il procuratore dell'attore si metta di accordo col procuratore del convenuto e gli dà i documenti nelle mani, non si richiede il deposito nella cancelleria ? » Il Pellegrini notò pure, nella stessa tornata del 26 marzo 1901, che « la ragione per cui è nel progetto il deposito obbligatorio, è perchè, quando i documenti passano da una mano all'altra, il fisco teme di non iscoprire qualche fonte di tassazione. » E aggiunse: « Vi possono essere cause che non verranno forse discusse; e se si vuole e devesi intanto far conoscere i documenti all'avversario, perchè si dovrà farne il deposito nella cancelleria e sottostare a tutte le esigenze fiscali ?

specie vi fu un documento scritto, e questo non sia esibito, nè altrimenti alle dette formalitá del bollo e del registro assoggettato (1). Ma non ha preteso, nè può pretendere, che i documenti sieno resi conformi alle prescrizioni fiscali e vengano depositati appena si inizi una lite alla base o sull'appoggio dei medesimi, e prima che sulla lite, e quindi sui documenti, debba portare il suo esame il magistrato. Fino a quel momento i documenti sono nel dominio delle parti contendenti, ed il modo di comunicazione riguarda le medesime e non il fisco.

Quanto alla comunicazione all'udienza si può dire sia sostanzialmente limitata alle cause che per sè non devano subire differimenti: perchè è prescritto che in caso di differimento la comunicazione si fa sempre col mezzo della cancelleria (art. 8 ult. capov. legge). Sicchè la comunicazione fatta per deposito in cancelleria, che è la forma comune, vale tanto per le cause che possono essere discusse all'udienza stabilita, quanto per quelle le quali vengono discusse in seguito a differimenti (art. 5 e 8 legge); salvo che per le prime il deposito dev'essere fatto nei termini di cui all'art. 5 prima parte, mentre per le altre non occorre rispetto di termini.

XVII. Il male è che in tutti questi casi al deposito dei documenti resta estraneo il magistrato: con tutto che uno degli scopi della legge sia stato di assicurare il contatto continuo di questo con le parti. Le conseguenze pratiche si son viste negli istituti della contumacia e del rigetto dell'appello senza esame.

Malgrado il deposito, chi lo ha fatto, se non si costituisce all'udienza, sarà certamente contumace, e se ritira i documenti (art. 15 prima parte del decreto di coordinamento), ancorchè siasi costituito, potrà mettere l'altra parte nella impossibilità di far decidere la causa. Vedremo che cosa sia accaduto quando nel redigere le disposizioni di coordinamento, si è pensato al caso dell'appellante contumace, il quale avesse pur depositato preventivamente i documenti del suo appello, e dell'appellato, che richiede il rigetto di questo senza esame. All'altro del ritiro dei documenti, siasi o non costituita la parte che ha fatto il deposito, avrebbe provveduto l'art. 5 primo capov. della legge, autorizzando le parti o i loro procuratori « a farne copie o estratti in carta libera, *ed a farsene rilasciare a loro spese copia legale* dal cancelliere ». Ma perchè mai questa disposizione si trova prevista sotto la sola ipotesi dell'art. 5, che parla delle cause in cui vi sia, nei termini prescritti, deposito preventivo dei documenti, mentre il bisogno delle copie può sentirsi in tutti i casi, ed essi in tutti servire? E poi, se la parte che ha fatto il deposito si rende contumace, potrà il

(1) Vedi Galante, *Di alcuni mali dell'odierno ordinamento procedurale ed in ispecie del fiscalismo nei giudizii* (estratto dalla *Giur. ital.* vol. LIV. p. IV,) pag. 11 e segg.

magistrato prendere in esame i documenti depositati e le copie che ne fossero state fatte agli scopi della discussione (art. 23 d. di coord.)?

Sarebbe stato dunque più semplice eliminare questo inopportuno ricordo del procedimento formale, con la conseguente funzione della cancelleria, e prescrivere che i documenti si comunicano sempre all'udienza, per farli rimanere depositati presso il cancelliere, dando il diritto, alla parte che li ha comunicati tutti, di chiedere che la causa sia messa a discussione, per una udienza più o meno prossima, secondo crede conveniente il presidente, dopo aver sentito la parte avversa nella esposizione dei suoi mezzi difensivi. I quattro o i due giorni dell'art. 5, sono spesso insufficienti persino a far registrare un documento pur approntato, che dovesse questa contrapporre ai documenti dell'altra parte. E la legge perciò ha dovuto ricono scere la necessità di rinviare la causa per la discussione (art. 5 capov. 3 legge), e con tutto il rigore spiegato, i *gravi motivi*, che sono per certo qualche cosa di più dei motivi semplicemente *giusti* di cui parla l'art. 6 capov. 1. della legge medesima, finiranno per trovarsi e si trovano effettivamente in tutte le cause. Si sarebbe avuto una procedura più semplice ed unica, non duplice, e si sarebbero evitati gl'inconvenienti addotti ed altri ancora. In sostanza, si sarebbe fatto una cosa che già si trova nella nostra legge, accostando di più il procedimento innanzi ai tribunali a quello che si osserva dinanzi ai pretori, che ha funzionato pur sempre bene anche nelle cause più gravi, e a quello che è il procedimenio austriaco: il che si sente vagamente nella nostra legge del 31 marzo 1901, e trova una più esplicita affermazione nell'art. 25 capov. delle disposizioni di coordinamento, dove si dice che « il presidente può ordinare che le cause sieno chiamate dinanzi al collegio quando risulti che le parti abbiano sufficientemente esauriti gli atti preparatorii per la discussione. » Chi non ricorda subito qui l'art. 421 del cod. di pr. civ. (1)?

§ 7. La discussione della causa e gli art. 5 e 9 della legge

XVIII. Malgrado il deposito preventivo, può darsi che il depositante o l'altra parte comunichi altri documenti all'udienza stabilita, che è quella stessa in cui la causa si dovrebbe discutere. Lo stesso può accadere anche quando non vi sia stato deposito preventivo, perchè noi sappiamo che nel procedimento sommario del codice e in quello ordinario della nuova legge la causa va all'udienza *a processo aperto*, e malgrado tutti i rinvii, non è vietato a qualunque delle parti, tentar

(1) Vedi pure nota al n. XXVIII.

di sorprendere l'avversario, deducendo nuove domande od eccezioni o mezzi di prova, o presentando nuovi e gravi documenti.

La legge provvede in tutte e due le ipotesi (art. 5 e 9); salvo che nei casi ordinari specifica: « quando una delle parti abbia dedotto nuove domande od eccezioni o mezzi di prova, o presentati in udienza nuovi documenti, che per importanza o per numero richiedono maturo esame, » e dà al « *presidente* sull'istanza dell'altra parte o anche di ufficio, » *l'obbligo* (*deve*) di ordinare che la discussione sia rinviata ad un'udienza prossima, stabilendo che « intanto gli atti e i documenti siano depositati nella cancelleria, perchè le parti possano esaminarli (art. 9 capov. 1). » Invece nei casi speciali, e cioè in quelli in cui sia preceduto il deposito dei documenti (art. 5 prima parte), dice solo che, « per *gravi motivi* da enunciarsi specificamente nel provvedimento, » il *tribunale* o la *corte* PUÒ rinviare la discussione della causa ad un'udienza prossima (art. 5 capov. 3). Aggiunge poi: « In tal caso, dopo scambiate le comparse, il presidente, sulla domanda di una delle parti, incaricherà uno dei componenti del collegio di fare la relazione della causa all'udienza, *stabilendo fino a quando le parti avranno diritto di depositare comparse aggiunte o nuovi documenti* nella cancelleria, previa notificazione del relativo elenco in carta libera ».

S'intende che la ipotesi delle nuove istanze fatte e dei nuovi documenti esibiti all'udienza, dopo che la causa ha già subito tutti i rinvii, è più generale dell'altra in cui la causa viene per la prima volta ed è stata preceduta dal deposito dei documenti, ai sensi e per il fine specificati all'art. 5 della legge. Infatti in questa ipotesi, se chi esibisca nuovi documenti è il depositante, egli perde, a termini di legge (art. 5 capov. 2), il diritto di far discutere la causa, e se invece è l'altra parte che ne esibisce dei gravi, il depositante potrà rinunziare al diritto di chiedere la immediata discussione, diritto che anche a termini di legge, compete a lui solo (art. 5 capov. 2). Poniamo invece che il depositante sia l'attore, il quale all'udienza stabilita modifichi l'istanza, e il convenuto reputi necessario di dovere in conseguenza esibir documenti, che non ha pensato ad approntare, oppure poniamo che depositante sia il convenuto, il quale faccia all'udienza delle gravi eccezioni, e che l'attore senta la necessità di studiarle o di esibire documenti, che non aveva creduto necessari portare al tribunale. Ecco la necessità del rinvio della discussione.

All' art. 51 capov. 3. del decreto di coordinamento, giustamente si legge, a questo proposito che se l'appellato si è valso della facoltà di abbreviazione del termine dato a comparire, il presidente può rinviare la discussione della causa ad altra udienza, purchè l'appellante, per evitare il rigetto dell'appello senza esame, giustifichi di non aver potuto presentare la sentenza e gli altri atti e documenti.

XIX. Ma data pure la generalità della ipotesi dell'art. 9, rispetto a quella più ristretta dell'art. 5, non si riesce a spiegare tutte le differenze, che si trovano in questo rispettto all'altro.

Si capisce, sebbene il Mortara opini diversamente e creda si tratti di semplice disarmonia formale (1), che nel caso dell'art. 5, la urgenza abbia indotto il legislatore a richiedere pel rinvio della discussione il ponderato provvedimento del tribunale o della corte; perchè non deve accadere che l'addurre la necessità di esibire documenti, o il sostenere quella di prepararsi a rispondere, sia per sè, senza bisogno di entrare nel merito di questi motivi, sufficiente a far differire la discussione. Si tratta quindi di una potestà che non spetta al presidente, il quale ha solo il potere ordinatorio della lite, o quello di consacrare semplicemente l'accordo delle parti, senza neppure tentarlo: e occorre addirittura un provvedimento collegiale.

Ma quale sará la natura di questo provvedimento? Formalmente, perchè è opera di collegio (art. 50 capov. 1. c. p. c.), e sostanzialmente, perchè decide una controversia, si tratterebbe di una sentenza (2). Intanto, perchè, quanto alla mutazione del rito, la legge passa al di sopra di tali regole e specifica che si provvede con ordinanza (art. 2 prima parte e primo capov.)? Inoltre, al provvedimento sarà forse applicabile l'art. 14, per escludere la proponibilità del reclamo? Ed allora perchè all'altro provvedimento affine, della mutazione del rito, pur qualificato esplicitamente ordinanza, la legge ha creduto di provvedere con regola apposita, per divietare il reclamo (art. 2 primo capov.), mentre per esso forse non sarebbe sorto dubbio circa l'applicabilità dell'art. 14 (3)?

Si capisce ancora che per *gravi motivi* di cui parla il 3 capov. dell'art. 5, si debbano intendere le nuove domande ed eccezioni, o

(1) Vedi *Man.* I, n. 267, pag. 283. Vedi peraltro lo stesso Mortara, *Principii*, pag. 476 e Cuzzeri, sull'art. 5 n. 8 in nota (3). La ragione data dal Mattirolo (III, ediz. 5ª, n. 532, pag. 437) che nel caso in cui sia fatto il deposito preventivo dei documenti la causa viene subito all'udienza del tribunale o della corte per la discussione e perciò il rinvio dev'essere ordinato dall'intero collegio giudicante, è evidentemente empirica e non esatta.

(2) Così pare ritenga implicitamente il La Rosa, *Il procedimento sommario*, n. 41 pag. 46.

(3) Il Cuzzeri sull'art. 5 n. 8, parla senz'altro di *ordinanza del collegio*, che *non è soggetta a reclamo* (art. 14). Anche il Mattirolo (III, ediz. 5ª n. 533, pag. 438) parla di ordinanza, in analogia della disposizione dell'art. 2 della legge, circa il provvedimento di mutazione del rito. Ed aggiunge: « Tale ordinanza, come tutti gli altri provvedimenti dati in udienza, va notata nel foglio di udienza, e le parti hanno diritto di averne copia per estratto ». Nè sarebbe soggetta a reclamo (op. e loc. cit. n. 537, pag. 441). Di tal che « il precetto della legge, che obbliga il tribunale o la corte a enunciare specificatamente; i gravi motivi per cui si rinvia la discussione della causa, è priva di efficace sanzione ». Vedi oltre, al n. XVIII.

mezzi di prova, o i nuovi documenti di cui parla il capov. dell'art. 9, perchè, ripeto, questo fa la ipotesi generale, rispetto a quello, che considera una ipotesi speciale. Ma invece non si capisce, perchè la legge, nell'art. 5 ha parlato in genere di gravi motivi, e nell'art. 9 li ha specificati. Forse che in questo ha inteso di concedere il rinvio della discussione soltanto per alcuni gravi motivi indicati *taxationis causa*? È parso di no (Mortara), perchè nell' art. 5 la legge stessa si mostra piú rigorosa e restia al differimento: e nell'art. 33 del decreto di coordinamento si trova un altro caso di rinvio della discussione, quello dell' intervento volontario, il quale, secondo dice il detto articolo, « può essere proposto anche dinanzi al collegio, ma non ritarda la decisione della causa, *salvo che il presidente creda* di provvedere ai termini del primo capov. dell'art. 9 della legge ».

Ma allora, perchè una diversa dizione? E si concilia bene l'apprezzamento libero dei motivi con l' *obbligo* del rinvio fatto al presidente, poichè la legge, si ricordi, usa la parola *deve* (1)? Nel fatto poi, l' art. 33 del decreto di coordinamento, riferendosi, come si è visto, al capov. 1. dell' art. 9, parla di una *facoltà* e non di un *obbligo* del presidente; mentre ove si pensi che l' interventore può dedurre *nuove domande od eccezioni o mezzi di prova*, o presentare in udienza *nuovi documenti, che per importanza o per numero richiedano maturo esame*, non s' intende neppur bene, almeno a parer mio, la differenza di trattamento fatta per lui, rispetto a quello delle altre parti in giudizio; poichè non è da discutere che l' interventore, in buona sostanza, sia una nuova parte in causa (2).

XX. V' è poi nell'art. 5 capov. 4 una facoltà, che non si trova ripetuta all'art. 9, quella data alle parti, dopo il differimento della discussione, di chiedere che il presidente stabilisca un termine, dentro

---

(1) La dizione dell'art. 9 capov. 1 lascia molto a desiderare. L'*obbligo* in genere al differimento di *uffizio* non si concilia bene, non solo con l'apprezzamento della *importanza* e del *numero* dei nuovi documenti, ma neanche con la *facoltà* nell'altra parte di domandare il differimento. Si intenda quindi che il presidente *deve* sull'istanza dell'altra parte, o *può* anche di uffizio ordinare il differimento (Mortara, *Man.* n. 267 pag. 284; Cuzzeri, *Note* sull'art. 9 n. 4; Mattirolo, III, ediz. 5ª n. 250, pag. 451). Inoltre l' ordine del deposito nella cancelleria non puó riguardare *tutti* gli atti e documenti, come vorrebbe la lettera della legge, ma le sole nuove comparse e i soli nuovi documenti che hanno determinato il rinvio (Mortara, op. e loc. cit. e Mattirolo, op. e loc. cit.).

(2) Si è fatta questione se possa aversi un motivo di rinvio nel fatto che i documenti depositati preventivamente siano numerosi, di notevole volume e di difficile esame. Anche a me sembra di sì, e sembra che il giudizio dato sulla gravità dei motivi dipenda dal prudente criterio del magistrato. Vedi Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 536 e 537 pag. 439 e 440. Contro: Caponetti. *Il nuovo rito sommario*, Roma, 1901, n. 15, citato dal Mattirolo.

il quale avranno diritto di depositar comparse aggiunte o nuovi documenti. Forse nei casi previsti dall'art. 9 non sarà permesso di esibire nuovi documenti e comparse aggiunte? Evidentemente no, e basta riflettere, per capirlo, che la causa viene sempre all' udienza a processo aperto (1). La disposizione sarebbe anche inutile nell' art. 5, ove non servisse a disciplinare la ipotesi da esso prevista della pronta discussione della causa: le modalità stabilite al 4. capov. dell'art. servono a non far perdere questo diritto a chi spetterebbe e che ha chiesto di avvalersene (2).

Ma una volta che c'è, non sarebbe stato forse più opportuno stabilirla per tutte le cause, e cioè tanto nella ipotesi dell'art. 5 capov. 4, che in quella dell'art. 9 capov. 1, in modo che, rinviata la discussione, non fosse stato lecito a qualsiasi delle parti esibir documenti o comparse, oltre un dato termine, stabilito dal presidente, e anteriore all' udienza della discussione?

Comunque, è chiaro che ora, così come sta, la disposizione dell' art. 5 capov. 4 non è generale, sibbene relativa alle sole cause di cui parla il detto articolo. Ma il Mortara, stretto dalla necessità di dimostrare che anche nei casi dell'art. 9 sono permesse, dopo lo scambio delle comparse conclusionali (art. 9 prima parte), le comparse aggiunte, ossia nuovi scritti difensivi, e la istanza di parte per la nomina del relatore, sostiene che la disposizione sia generale. A me pare che la facoltà di ulteriori scritti difensivi, dopo lo scambio delle comparse, si deduce sempre dal principio che la causa, deve andare dinanzi al tribunale a processo aperto (3), e che quanto

---

(1) Vedi Mattirolo, III, ediz. 5ª n. 541 pag. 443, e n. 552 pag. 453. Vedi pure al n. 568, pag. 464 eod.

(2) Vedi Cuzzeri, sull'art. 5 n. 10 e sull'art. 8 n. 1, in fine, e gli autori da lui citati. Vedi altresì La Rosa, n. 44, pag. 49 e segg.

(3) Per tutto questo e per quello che dirò più in là, al n. XXII, mi sembra pregevolissima la disposizione dell'art. 29 del decreto 31 agosto 1901, il quale, parlando di differimenti *per la comunicazione di ulteriori scritti defensionali*, elimina legislativamente, per chi tenga presenti anche altre disposizioni (es. art. 5 capov. e 6 capov. disp. di coordin., e art. 5 capov. 4. legge), ogni questione sulla possibilità di scritti difensivi, che non danno fondo a tutta la lite, o posteriori allo scambio di altri scritti conclusionali. Però in questo stesso articolo si trova una disposizione almeno inutile. Infatti, dove si dice che comparsa conclusionale, la quale « contiene la proposta di una azione in riconvenzione è notificata all'attore contumace *secondo le disposizioni degli art. 3 e 4,* » se si intende parlare di notifica al « *procuratore nominato nella citazione* (art. 3), » si ha una disposizione abrogativa di quella contenuta nel capov. dell'art. 381 del c. di p. c.; mentre se si è voluto ricordare che, nello stesso art. 3, viene fatta eccezione per gli atti, i quali « per disposizione di legge devono essere notificati personalmente, » si ha una disposizione inutile, poichè bastava il capov. dell'art. 381 del codice, e nessuno potrebbe dubitare che siasi permessa la notificazione al procuratore.

alla nomina facoltativa del relatore a istanza di parte (quella di cui all'art. 5 capov. 4 è obbligatoria), basta il riferimento all'ult. capov. dell'art. 5; perchè, dove è concessa la nomina di ufficio, è implicita quella a istanza di uno dei contendenti. Con tutto ciò, il ragionamento del Mortara non cessa di essere molto grave, perchè prova all'evidenza la cattiva redazione degli art. 5 e 9, come, per altro verso, ho cercato di dimostrare anch' io (1).

(continua)

---

(1) Anche il Cuzzeri, sull'art. 9 n. 5, segue il Mortara. Non risulta però molto chiaro se il Mortara (pag. 285 e 286), nel caso dell'art. 9, parli di nomina *facoltativa* del relatore, a istanza di parte, o intenda, come è per l' art. 5 capov. 4°, parlare di nomina *obbligatoria*: tanto vero che il Mattirolo dice che la sua opinione è combattuta dal Mortara. Tale opinione (III, ediz. 5ª, n. 551, pag. 452), sostanzialmente conforme a ciò che ho esposto nel testo, egli precisa così: « L'art. 9 richiama soltanto l'ultimo capoverso dell'art. 5; onde la conseguenza che, sempre quando non si sia fatto il deposito preventivo dei documenti, e così non si tratti di rinvii ordinati in applicazione dell'art. 5, ma di quelli previsti a norma dell'art. 9, *non sarà obbligatoria* la nomina del relatore sulla istanza di una parte, solo tale nomina potrà d'ufficio ordinarsi dal presidente ». Della cattiva redazione dei detti articoli 5 e 9 non è ultima prova la questione, se per conseguire il diritto alla discussione della causa nell' udienza stabilita, si debba, oltre ai documenti, depositare preventivamente la comparsa conclusionale. L' art. 5 parla soltando di *documenti,* ma dallo stesso art. 5 (capov. 3°) e dall' art. 9 (capov. 1°) risulta che quando all'udienza stabilita una delle parti abbia dedotto *nuove domande* od *eccezioni* o *mezzi di prova,* l'altra può chiedere ed ottenere il rinvio della discussione ad altra udienza. Vedi Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 425, pag. 431 e gli scrittori da lui citati.

RECENSIONI E BIBLIOGRAFIE

Calisse Carlo — *Diritto ecclesiastico* — *Costituzione della Chiesa* — (Firenze, casa ed. Fratelli Cammelli, 1902) 1° vol. di pag. VIII, 895 — Prezzo lire 15.

È questo il primo volume di un ampio trattato di Diritto ecclesiastico, che, condotto a compimento, non ci farà punto invidiare quelli degli scrittori tedeschi, le cui orme però l'autore ebbe l'accorgimento di non seguire ciecamente; il che si scorge perfino dalla stessa distribuzione della materia. Infatti non si trova la solita divisione: — parte generale; diritto costituzionale e diritto amministrativo —, ma invece l'altra — costituzione della chiesa, — patrimonio e vita della chiesa —, la quale mi sembra nuova e più comoda della prima.

Notevole è sopratutto in quest'opera il metodo adottato. Non v'è soltanto la semplice esposizione del Diritto della Chiesa, o di quello emanato dallo Stato in materia ecclesiastica; ma si trova la sapiente fusione dell'uno e dell'altro. E di ciò vivamente ci congratuliamo con l'autore, anche perchè troviamo così confermato l'indirizzo da noi seguito nell'insegnamento universitario del Diritto canonico. E, di vero, la nuda esposizione degli atti legislativi dello Stato in materia ecclesiastica, scompagnata dallo studio sull'intima struttura e sul funzionamento degli istituti a cui quelli si riferiscono, potrà riuscire utile solo a coloro che già conoscono esattamente il Diritto della Chiesa, non a quelli che l'ignorano, o ne hanno una nozione imperfetta e confusa. E questi ultimi purtroppo costituiscono la gran maggioranza: studenti non solo, ma avvocati e magistrati, e perfino gli stessi legislatori!

Un altro pregio ancora altamente commendevole è la serena imparzialità dell'autore nel risolvere molte quistioni, ardue forse non tanto per sè stesse, quanto per gli interessi che si connettono e le passioni di parte ch'esse mettono in movimento. Il diritto ecclesiastico non è lapolitica, e non è nemmeno il sentimento religioso: il giurista, seguendo imperturbato i sommi e generali principii in materia d'interpetrazione, deve spesso risolvere le quistioni ecclesiastiche in maniera al partito politico dominante non bene accetta e spesso ancora accogliere quella decisione che al suo individuale sentimento religioso possa ripugnare. Anche il Diritto ecclesiastico è un diritto positivo che deve interpretarsi, e coordinarsi in sistema scientifico, epperò va trattato non diversamente dal civile, dal penale, e via dicendo. Essendo dunque così condotto, il trattato del Calisse va raccomandato a tutti quelli che amano l'imparzialità; e ne riuscirà utile lo studio tanto a chi nell'animo suo osteggi la Chiesa cattolica, quanto a chi ne sia devoto e affezionato seguace. Come l'uno, scorgendo quali diritti e vantaggi ancora restano alla Chiesa in base alla lettera delle leggi, e alla obbiettiva interpetrazione loro, potrà, se gli

sembrino troppi, o contrarii alla cosiddetta *civiltà moderna*, pensare a quei provvedimenti che creda più opportuni a togliere o ridurre quello che alla Chiesa ancora rimane; così l'altro vedrà chiaramente quali siano i diritti garentiti dallo Stato, e quali no, e quindi quali atti giuridici siano leciti e quali vietati; e non lamenterà mali che non vi sono ancora, nè crederà di poter raggiungere vantaggi non conseguibili.

Altri pregi dell' opera sono: l' accurata bibliografia su ciascun argomento, desunta da ogni genere di opere e di scrittori — trattati generali e monografie di autori antichi e moderni, italiani e stranieri, specie tedeschi, siano essi cattolici, protestanti o razionalisti —: il richiamo delle fonti canoniche dalle più antiche alle più recenti; i frequenti accenni opportuni e sobrii di decisioni giurisprudenziali; e finalmente la forma facile e correttamente italiana che rende il grosso volume piacevole alla lettura.

Il contenuto di questo primo volume che s' intitola « Costituzione della Chiesa » è il seguente. Premessa una introduzione sul Diritto ecclesiastico e le sue fonti, si tratta della Chiesa in genere e del Clero; e poi della santa sede, delle diocesi, delle parrocchie, e delle associazioni religiose; e intorno a questi argomenti principali se ne aggruppano naturalmente degli altri. Così nel capitolo intorno alla santa sede si discorre anche della Curia pontificia, nel senso ampio di tal' espressione, si espongono con fine criterio le prerogative accordate dalla legge di guarentigie, e non si trascura la condizione internazionale della santa sede: e in quello intorno le diocesi si tratta delle relazioni tra vescovi e papa, della giurisdizione de' vescovi, e delle istituzioni diocesane ausiliarie.

L' autore, per evitare delle ripetizioni, è stato costretto a non toccare le quistioni d'indole patrimoniale, sebbene intimamente connesse con gli esposti argomenti, come quelle della dotazione della santa sede, le congrue parrocchiali ecc. la cui trattazione verrà fatta nel secondo volume. Perciò noi facciamo all'autore fervidi voti, perchè voglia presto pubblicarlo; anche perchè per gli studiosi in genere e i pratici in ispecie è d' importanza massima un libro, dove le molte e difficili quistioni relative al patrimonio ecclesiastico trovino non solo lo storico esatto e coscienzioso, il diligente e chiaro espositore, ma anche una mente acuta di civilista che sappia convenientemente risolverle. E noi siamo sicuri che anche quest'ultima attitudine che il Calisse in questo primo volume, per l'indole della stessa materia trattata, non ha avuto occasione di spiegare interamente, potrà nell' altro mostrare di possedere non meno delle altre qualità accennate.

Prof. **Nicola Coviello**

Vittore Teixeira De Mattos — *Alcuni punti interrogativi a proposito della riforma giudiziaria; — Altri punti interrogativi a proposito della riforma giudiziaria; — Giudice unico o giudice collegiale? — Ultimi punti interrogativi a proposito della riforma giudiziaria; — È possibile la riduzione dei giudici proposta colla riforma giudiziaria?* (Grosseto, Tipografia dell'*Ombrone*, 1903).

In questi varii opuscoli l'A. dimostra, con calcoli e dati statistici assolutamente convincenti e con osservazioni assai acute, sebbene qualche volta facili a

contraddire, che la riduzione del personale della magistratura, assunta come base del miglioramento di questa, non è possibile se non in limiti assai modesti, e che la proposta tabella degli stipendii, ferma la somma ora stanziata in bilancio, è ancor meno possibile, salvo che la maggior parte dei pretori attuali non venga sostituita con aggiunti giudiziari. Secondo l' A., per provvedere all' amministrazione della giustizia, occorrono indispensabilmente 3000, tra pretori e aggiunti. Volendo contenere la somma degli stipendi nella somma disponibile di 12.072.000 lire, la ripartizione non potrebbe essere fatta che in questo modo: 1302 pretori (L. 7.812.000) e 1704 aggiunti (L. 4.260.000). Così, per raggiungere il grado di pretore, l'aggiunto dovrebbe aspettare oltre 20 anni: dopo 7 od 8 anni circa raggiungerebbe lo stipendio di 2500 lire, dopo 15 quello di 3000 lire. L'autore si manifesta contrario alla istituzione del giudice unico, specie in materia penale. Fa altresì opportune ed acute critiche ed adatte proposte anche sulle disposizioni circa la disciplina, la inamovibilità, le promozioni dei magistrati, la corte di revisione e quella di cassazione. Conchiude che ogni riforma deve por mano risolutamente alla circoscrizione mandamentale e circondariale, cominciando con l'elevare la competenza dei pretori nei limiti del progetto Taiani del 1885. E mi pare che abbia proprio ragione.

Prof. **V. Galante**

Die Gesetze Hammurabis Königs Babylon um 2250 v. Chr. tradotto dal babilonese in tedesco dal Dr. Hugo Winckler — Leipzig. 1903.

È questo il più antico codice legislativo della umanità: rimonta a 2250 anni avanti Cristo. Appartiene al re Ammurabi, il più interessante ed intellettuale della prima dinastia di Babilonia. La legge è incisa da un lato di una colonna di Ammurabi, mentre dall' altro lato è scolpito il principe nell' atto di ricevere dal re del sole le tavole delle leggi. Ciò che ricorda la leggenda biblica di Mosè.

Ammurabi è nei libri biblici (1, Mosè 14) designato sotto il nome di Amraphel, ed il suo tempo è riportato a quello di Abramo.

La somiglianza tra le leggi di Ammurabi e quelle di Mosè è sorprendente, e l'epoca, che la tradizione assegna alla legislazione del Sinai, è posteriore almeno di cinque secoli alle leggi di Ammurabi. Lo che, insieme alle altre documentazioni sorprendenti che ci sono venute dagli scavi babilonesi, dà un colpo mortale alla rivelazione religiosa (vedi le due monografie di *Delitzsch* Babel und Bibel).

L' indole positiva di questa rivista ci toglie il godimento intellettuale di presentare ai lettori la traduzione italiana di questo più antico *Corpus juris* della umanità, e di confrontarne le disposizioni con quelle delle leggi mosaiche, egiziane, romane e barbariche.

Quante spiegazioni di fenomeni giuridici, quanta luce sugli istituti e quale potente affermazione del progresso solamente umano ne deriverebbero! Non rinunziamo, però, ad esporre brevemente il contenuto dell' importante documento.

Il Codice si compone di 282 articoli: mancano gli articoli che vanno da 65 a 100; e ciò perchè nella iscrizione mancano cinque righi.

Dall' art. 1 a 4 si tratta delle pene contro le magia e contro la falsa te-

stimonianza. Gli art. 5 a 25 riguardano i furti; gli art. 26 a 41 riguardano i servi del re; gli art. 42 a 67 riguardano la coltura dei campi, ed è notevole in essi il concetto che il danno da ripararsi dal coltivatore pigro e svogliato debba commisurarsi al raccolto ottenuto dal suo vicino. Negli art. 100 a 107 sono contemplati i rapporti tra negozianti e commessi, negli art. 108 a 111 v' ha disposizioni riguardanti gli osti e lo smercio di bevande, e negli art. 112 a 121 si tratta dei delitti in generale. Negli art. 122 a 127 si tratta del contratto di deposito, il quale non è valido se non fatto dinanzi a testimoni. Negli art. 128 a 191 si parla della famiglia. Da questi ultimi articoli si apprendono le seguenti disposizioni: il matrimonio è nullo se contratto senza forme solenni (art. 128); l' adultera è punita con essere gettata in acqua (art. 129); la moglie che, per esserle stato imprigionato il marito, non trovò in casa i mezzi di sostentamento e si unì ad altro uomo, va esente da pena (art. 134); la moglie che si unì ad altri e ne ebbe figli, dopo che il marito l' abbandonò, non è costretta a sciogliere il susseguente vincolo di fatto, se il primo marito torni (art. 136, imparino i nostri legislatori!); il marito, che non ha figli con la moglie, può averne con un' altra (art. 145); il marito, che ha la moglie incurabilmente malata, può prendere una seconda moglie, ma deve mantenere la prima (art. 148); i debiti della moglie e quelli del marito, anteriori al matrimonio, non obbligano l'altro coniuge (art. 151); i beni della madre appartengono ai figli e nulla spetta al marito (art. 162); uguale disposizione sulla dote della moglie morta senza figli (art. 163); i figli consanguinei dividono in uguali parti il patrimonio paterno, e ciascuno di essi prende il patrimonio della propria madre (art. 167); i figli uterini dividono il patrimonio della madre (art. 173); e se non ha figli di secondo letto quelli di primo letto prendono il patrimonio materno (art. 174); i figli dello schiavo e di una libera non appartengono al padrone dello schiavo (art. 175); la vedova con figli minori non può rimaritarsi senza previo esame da parte del giudice (art. 177); il figlio adottivo non può essere reclamato dai genitori naturali (art. 185).

Gli art. 192 a 214 contemplano pene per i reati di sangue; gli art. 215 a 240 riguardano diritti ed obblighi dei medici ed architetti. Notevole il concetto secondo il quale il medico, che fece morire l' ammalato per imperizia, deve sopportare il taglio della mano. Pene pecuniarie, sono poi stabilite, analogamente, per il veterinario imperito. Notevole anche la pena di morte per l'appaltatore di costruzione, quando la casa crolli per mala esecuzione ed il padrone resti ucciso. Infine negli art. 241 a 252 si tratta degli animali domestici, dei furti rurali, della schiavitù.

Questi brevi cenni faranno comprendere agli studiosi quale importanza abbia la scoverta.

Prof. **Arnaldo Lucci**

Prof. Ugo Forti — *Il realismo nel diritto pubblico* (a proposito di un libro recente) Camerino T. Savini 1903 (pag. 157, L. 4). Il libro recente è quello di **Leone Duguit** professore dell' università di Bordeaux dal titolo: *L' état, le droit objectif et la loi positive.* Ma l'esame dell'opera è pel **Forti** un'occasione scientifica per un riesame della questione del metodo nello studio del feno-

meno giuridico nel campo del diritto pubblico, schierandosi sostenitore del metodo *realistico* di fronte a quello *sociologico* che il **Duguit** predilige. Il problema dei limiti del metodo realista si risolve necessariamente nei limiti tra diritto e sociologia; ma l' A. crede che esso non vada posto come comunemente si pone, e questa indagine forma la prima parte del suo lavoro. Circa il valore teoretico della sociologia egli ritiene ch'essa non sia scienza fondamentale e nemmeno scienza derivata: « È un'espressione comoda per indicare il risultato delle investigazioni fatte per diverse vie sulla realtà sociale, non è una scienza a sè, ma il risultato complessivo delle diverse scienze sociali: quelli che oggi si chiamano studi sociologici non sono in fondo, e nella migliore delle ipotesi, che il risultato combinato di ricerche storiche, antropologiche filologiche, economiche, giuridiche, etiche ecc. alle quali la mente umana è spinta dal natural desiderio scentifico di utilizzare in tutti i sensi le nozioni ottenute per diverse vie » (pag. 55). In modo che il problema dei rapporti tra sociologia e diritto si risolve per l'A. nell'altro dei rapporti tra il diritto e le diverse scienze sociali; e se non è possibile risolverlo senza svolgere un completo sistema di filosofia sociale « è possibile però indicare *a priori* alcuni limiti fondamentali, la cui efficacia è indubbia nei rapporti del diritto con qualsivoglia scienza sociale » (pag. 82). E questi sono anzitutto nell'autonomia tecnica e scentifica del diritto, per cui le nozioni relative alla realtà sociale (desunta dai risultati delle singole discipline sociali) assumono nella costruzione dei concetti giuridici il valore di semplici *presupposti*, cioè di un materiale grezzo, a cui l'elaborazione giuridica dà una fisonomia tecnica e scientifica adeguata agli scopi del diritto. « Inteso in questo modo il metodo realista, esso potrebbe rappresentare una formula di conciliazione tra l' indirizzo cosidetto *sociologico* e l'indirizzo *giuridico*, che ora si dividono il campo del diritto pubblico e che a più d' uno sembrano inconciliabili. »

Nella seconda parte del lavoro il **Forti** combatte la teoria del **Duguit**, che sconosce ogni valore alla volontà e psiche collettiva, riducendola a quella delle singole individualità, per cui non esiste realmente che una solidarietà per similitudine ed un'altra per divisione di lavoro. L'A. dimostra che « la realtà sociale non si spiega soltanto con l'individuo *sic et simpliciter*, ma con l'individuo sociale ». Da parte l'esagerazione degli *organicisti* sulla concezione della società come *organismo*, è certo che la comunanza intellettuale e l' influenza dell' ambiente sono due fatti che prescindono dalla semplice somma delle singole energie psichiche individuali. Così la psicologia collettiva non è una finzione, è il complesso delle attività psichiche individuali che si sviluppano nel consòrzio umano (pag. 101).

La parte più importante del lavoro è la critica della teoria del **Duguit** sul diritto obbiettivo ed i suoi rapporti con lo stato, che riesce invece una vera ricostruzione scientifica. Interessanti sono le osservazioni sulla *coazione* e sulla *potestà statuale*, dove, combattendo lo **Jellineck**, che sostituisce la *garanzia* alla *coazione* e il **Duguit**, che prescinde pure dalla garanzia, arriva a fissare il processo evolutivo della norma giuridica che si svolge parallelamente a quello della coazione. Così dal concetto vago ed amorfo della giustizia si giunge a quello di legge: la coazione diffusa per l' intero corpo sociale si polarizza e diventa monopolio del pubblico potere. E come queste sono coeve, coeve sono

parimenti le evoluzioni dello stato e del diritto: non sono anzi due fenomeni diversi; ma piuttosto due manifestazioni di un unico fatto sociale complesso: la convivenza in certe date condizioni (pag. 124) — Parimenti l' A. tratta genialmente il quesito del « *come possa il diritto vincolare lo stato* ». L'autolimitazione della volontà individuale è un non senso, perchè manca la sanzione. Non così è dello stato, se si distinguono gli organi *legislativi* dai *non legislativi*, unica classificazione sicura che possa farsi al riguardo. Un' autolimitazione pei primi è un non senso, onde i *limiti giuridici* del **Romano** non sono che *politici*; mentre i limiti all' attività dei secondi possono essere stabiliti dai primi, in un corretto stato giuridico.

Seguono due altri paragrafi sulla concezione del **Duguit** circa i diritti subbiettivi (pag. 134 a 147) e circa lo stato (147 a 197), dove, mentre il lavoro critico è sempre forte, non lo è ugualmente quello di ricostruzione, specialmente nella parte che riflette *lo stato*. Ma gli è che lo stesso autore si accorge che un accenno di ricostruzione equivaleva ad uno schema dottrinale che presupponeva tutt' altro che i limiti angusti che si era imposti. « Per far ciò egli dice, bisognerebbe essersi proposto di formulare una nuova teoria dello stato da contrapporre a quella del **Duguit**, e questo è ben lontano dai fini del presente studio. »

Questo lavoro, e l'altro sul **Gumplowicz** pubblicato sul *Filangieri* nell'anno scorso, provano quali siano i nuovi orizzonti del diritto pubblico moderno, ai quali il valoroso professore si è coraggiosamente affacciato, con preparazione salda e profonda. Egli è di quel manipolo di coraggiosi, che di fronte all' indomita fuga delle dottrine sociologiche pel campo giuridico si sentono spinti a montar loro in groppa, infrenarle e giovarsi delle loro giovani energie per percorrere la faticosa via dell'indagine dottrinale più rapidamente dei vecchi pionieri della scuola filosofica, ma più ordinatamente dei nuovi ribelli della scuola sociologica.

Avv. **Vincenzo Marone**

Depinay—*Le Régime dotal (Etude historique, critique et pratique)*—Paris, Marchal et Billard, 1902.

È un interessante lavoro, una ricca e bene disposta raccolta di materiali sul regime dotale. Interessanti, dal punto di vista storico, i due primi capitoli sul regime dotale nel secolo XVIII e nel periodo della rivoluzione.

Ciò che più importa nel lavoro del *Depinay*, è la indovinata fusione tra l' elemento dommatico - giurisprudenziale e l' elemento statistico. Gl' istituti, oggi, non debbonsi esaminare come tali attraverso il cumulo di questioni legali, ma debbonsi esaminare nei loro rapporti con le popolazioni. Questa felice fusione tra la esposizione e la critica giuridica con la ricerca sociale è, secondo me, il più forte pregio dell' opera.

Infatti, si legge con grande interesse, la quinta parte del libro, nella quale l'autore espone e riporta le statistiche dei contratti dotali. Da queste ricerche l' autore ha desunto la diminuzione del regime negli antichi paesi nei quali la dote era norma comune: di ciò enumera le ragioni sociali, morali e fiscali.

a. l.

R. L. Bardari — *I demanii comunali del mezzogiorno* Napoli. Tip. Festa pag. 90.

L'A., un intelligente e laborioso magistrato, tratta della legislazione e della giureprudenza sulla giurisdizione speciale dei *Commissarii ripartitori*. Dopo una succinta una chiara introduzione sull'origine dei demanii, lo scrittore espone nel capitolo 2° lo stato della legislazione positiva, pigliando le mosse dal decreto 16 ottobre 1806 con cui fu deferita al S. R. C. la cognizione delle liti di indole feudale e demaniale, e s' indugia sulla disamina del carattere della liquidazione dei demanii e della duplice funzione amministrativa e giurisdizionale contenziosa del *Ripartitore* con le eccezioni alla giurisdizione contenziosa.

La critica che fa l' autore della giureprudenza della Cassazione di Roma circa i limiti della giurisdizione dei *Ripartitori* e la formazione del giudicato sulla demanialità delle terre, quando questa non siasi contestata nel giudizio di reintegra, è la parte assorbente del lavoro che esaminiamo. Il prof. *Mortara* nel suo pregevole « Commentario » (vol. 1°) aveva sostenuto la tesi della illimitata giurisdizione dei ripartitori, censurando i pronunziati della Cassazione di Roma, che a tale giurisdizione aveva assegnato dei limiti. Il compianto *Rinaldi* d'altra parte aveva pure esso censurato quei pronunziati i quali ravvisando il giudicato nella pronunzia del *Ripartitore*, allorchè non siasi contestata la demanialità della terra, dichiararono non più proponibile in separata sede tale eccezione — Entrambe le censure il *Bardari* dimostra infondate, fermandosi a discutere ampiamente la prima con argomenti desunti dall'interpetrazione degli art. 176, 177 e 186 della legge del 1816, e cercando cogliere in contraddizione il *Mortara* sul punto in cui ritiene la competenza giudiziaria nel caso di azione proposta di privati contro il Comune per revindica di beni da questo posseduti come demaniali — Più brevemente, ma con eguale efficacia, l' autore combatte la tesi del *Rinaldi*, dimostrando la insussistenza degli argomenti con cui questi intese confortarla.

Dopo una rassegna dei lavori legislativi moderni a proposito dei demanii, l'autore termina il suo lavoro facendo voti per la soluzione della spinosa quistione, dalla quale dipende molta parte del benessere del mezzogiorno.

Se questa non è propriamente una monografia, è certo un insieme di appunti che mostrano l' attitudine dello studiso a produrre qualche lavoro più organico e più profondo in questa non facile branca del diritto, ch' egli peraltro prova di aver studiato con acume di critica obbiettiva e con corredo di studii non comuni.

f. p.

Dr. Josef Grunzel — *Über Kartelle* Leipzig — Verlag von Duncker e Humblot 1902.

È un notevole contributo allo studio economico, politico e giuridico delle coalizioni industriali (trust, kartell). Preziose le notizie statistiche sui *trusts* che l' autore espone per tutti i principali paesi del mondo civile.

Kruckmann. *Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuchs* 3. ed. Göttingen, Vandenbook e Ruprecht 1901.

Buon libro istituzionale, di grande chiarezza.

Aubry e Rau. *Cours de droit civil français* 5. ed. par mr. Rau Falcimaigne, Gault IV tome. Paris Marchal et Billard 1902.

Questo IV volume della rinnovata opera classica di Aubry e Rau riguarda la parte generale delle obbligazioni. È corredato di note del tutto nuove, colme di citazioni moderne.

Planiol. *Traité elementaire de droit civil* 2. ediz. vol 3. Paris, Pichon ed. 1901-1902.

Noi designiamo questo trattato agli studiosi italiani come uno dei manuali meglio riusciti.

Il Planiol ha saputo esporre il dritto civile francese in un' opera di cristallina chiarezza, seguendo un piano sistematico e ravvicinando la esposizione dei principii alle applicazioni della giurisprudenza, la quale, come ognuno sa, in Francia raggiunge una dignità grande.

Uno dei modi più felici di esposizione ci pare quello di aver abolite le annotazioni a piè di pagina e di aver distribuita la esposizione dei principii e la parte discussa del dritto civile in paragrafi stampati con differenti caratteri. In tal modo lo studente non distrae la sua attenzione nel lasciare il testo per andare a scorrere qualche lunga nota.

Esaminare a fondo l'opera non è possibile: occorrerebbero molte pagine. Ci basti far noto agli studiosi la impressione generale che il trattato del Planiol produce.

Stephan *Handbuch des gesammten Rechts* — Berlin, Verlag von Franz Vahlen 1903.

È un ottima trattazione enciclopedica del diritto, meno estesa dalla tanto nota Enciclopedia dell' Holtzendorff, ma sempre utile per chi voglia trovare in breve tempo i fondamentali principii di una qualsiasi materia giuridica.

Giovanni Cesca—*La religione morale dell'umanità*. Bologna, Zanichelli 1903.

Ne pubblicheremo recensione nel prossimo fascicolo.

FRANCESCO PAOLILLO — *Gerente responsabile*

Prof. Vincenzo Galante

—

SULLA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO CIVILE FATTA CON LA LEGGE 31 MARZO 1901

(*continuazione e fine, vedi n. 1*)

§ 8.—Altri difetti. Le comparse difensive e le conclusioni delle parti.

XXI. Che se da questa materia più specialmente finora considerata, e che riguarda la comunicazione dei documenti, passiamo a riflettere sulle altre disposizioni della legge, troveremo sempre più la prova di un altro difetto sostanziale della medesima. Il quale consiste nello incompleto e disorganico disciplinamento degli istituti contemplati e nella mancanza assoluta di un pensiero coordinatore di tali istituti con quelli che permangono nel sistema del codice, mancanza appena avvertita in ultimo, quando si è creduto che potesse rimediare il governo, con disposizioni, la cui redazione non si è sentito nemmeno il dovere di facilitare con la legge.

Ciò è tanto più grave, in quanto alcune volte appare addirittura come gli stessi facitori della legge non si son resi sempre esatto conto della portata vera delle disposizioni da essi formulate. E si trattasse delle disposizioni soltanto (1).

Ma, per limitarmi ad esse, ricordo per es., che nel corso dei lavori preparatorii fu proposta la soppressione della perenzione speciale di 60 giorni prescritta dall'art. 383 del c. di p. c., ma fu opposto che l'argomento era estraneo ad una legge sul procedimento sommario, riguardando propriamente il formale (2). Ebbene, se a norma degli art. 1 e 2 della legge tutte le citazioni a comparire in giudizio si fanno ad udienza fissa, perchè tutte le cause sono di regola trattate col procedimento sommario, e per l'applicazione eccezionale di

(1) Dopo quanto ho già detto, è inutile commentare ciò che il guardasigilli on. Cocco-Ortu ebbe a dire in senato, nella seduta 26 marzo 1901, e cioè che con la proposta riforma « *non si crea un nuovo tipo di procedimento,* ma si afferma che quello sommario è la regola nella legge, come lo è nei tribunali. Così disponendo non si perturba, ma si disciplina la consuetudine, e si toglie per giunta ciò che vi era in essa di anormale, di incerto e di men che ordinato ».

(2) Vedi le dichiarazioni del guardasigilli on. Gianturco alla camera, nelle tornate 23 e 26 gennaio 1901; Mortara, I, n. 271 p. 291.

quello formale occorre l'ordine del presidente sull'*accordo delle parti*, ovvero del tribunale o della corte *sulla istanza di una di esse* o anche *di ufficio*; è chiaro che secondo la mente della legge, prima della mutazione del rito, si debbono trovare le parti contendenti costituite in legittimo contradittorio (1), e che l'art. 10 delle disposizioni di coordinamento, quando stabilisce che l'ordinanza, la quale dispone la mutazione del procedimento, dichiara la contumacia delle parti, che vi sono legalmente incorse, è la più logica e necessaria deduzione di quel che ha fermato il legislatore; per quanto si possa dire qui, come sempre, che sarebbe stato più opportunamente da questi riservata a se stesso. E ad ogni modo, in tutto ciò, non si vede, come bene ha avuto a notare il Mortara (2), che la perenzione di 60 giorni è oggimai inapplicabile, e che la riforma giustamente desiderata si è compiuta all'insaputa dei riformatori? Del caso eccezionalissimo dell'art. 12 del decreto di coordinamento si è fatto cenno innanzi, ed è inutile spiegare come per esso può darsi tuttavia la ipotesi di applicabilità della perenzione di 60 giorni (3).

---

(1) Mortara, I. n. 271 p. 290.

(2) I. n. 271, p. 291.

(3) Mortara, I. n. 273 bis, p. 203 e n. 465 p. 444. Su tutto ciò vedi pure Matttirolo, III, ediz. 5ª, n. 987 e 988, pag. 788 e 789.

Anche oggi è da ritenere che la forma del procedimento, ordinario o formale, sia dal legislatore ordinata nell'interesse dei litiganti (arg. art. 2 prima parte legge 31 marzo), e rendesi perciò applicabile la massima: *unumquemque licentiam habere iuri suo se introducto renunciare* (Mattirolo, III, ediz. V. n. 575 pag. 473). Si deduce da ciò: *a*) che anche oggi la citazione fatta a rito formale non è nulla, potendo sempre la causa ricondursi *ad viam iuris* (Mattirolo, op. e loc. cit.; Mortara, Man. n. 235 pag. 237 in nota); *b*) che ordinata la mutazione del rito « non deve rendersi impossibile la risommarizzazione del procedimento, che non è per nulla interdetto alle parti di *concordemente adottare* (Relaz. Pozzi della commissione della camera; Mattirolo III, ediz. 5.ª n. 581 p. 478); » *c*) che per quanto nel procedimento formale la comunicazione dei documenti si compia in diverso modo da quello che è stabilito per il rito ordinario (art. 166 c. p. c.), non deve ritenersi vietato alle parti di sostituire di comune accordo la comunicazione dei documenti in via amichevole ed in forma privata (arg. art. 19 r. d. 31 ag. 1901; Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 598, pag. 492); *d*) che il divieto di produrre nuovi documenti e di fare nuove istanze ed eccezioni, stabilito pel solo procedimento formale, dopo rimasta ferma l'iscrizione della causa a ruolo (art. 175 e 176 c. p. c.), non può essere rilevato di ufficio dall'autorità giudiziaria e l'avversario può espressamente o tacitamente acconsentire alla ampliazione della istruzione (Matt. III. ediz. 5ª, n. 623 p. 512).

Si devono poi ritenere applicabili al rito formale: *a*) la disposizione secondo la quale ciascuna parte ha diritto di farsi rilasciare copia in *forma legale* dei documenti depositati in originale dall'avversario (art. 5 primo capov. legge 31 marzo; Mattirolo, III, ediz. 5ª n. 593, pag. 489); *b*) la disposizione che vieta all'autorità giudiziaria di prendere in considerazione documenti non stati prodotti e co-

XXII. Ho accennato più sopra alle comparse difensive. Risoluta pure affermativamente la questione della possibilità di esibire in tutti i casi comparse aggiunte, e quindi negativamente l'altra della permissione di un'unica comparsa conclusionale, come era disposto secondo la lettera del codice (1), restano ancora due difficoltà.

La prima riguarda la possibilità o meno, nel nuovo procedimento, di comparse difensive strettamente ordinatorie o preparatorie della lite, le quali nel procedimento formale vanno sotto il nome di comparse semplici. Ma a me sembra che, a ben considerarla, la questione diventi, più che altro, di parole. Ogni comparsa con la quale si chiede la risoluzione di un qualsiasi capo della controversia è comparsa conclusionale. Che se poi occorre di partecipare, poniamo, il deposito di uno o più documenti, o chiamare le parti innanzi al presidente, la forma prescritta non è quella della comparsa, perchè la legge prescrive la forma più semplice del biglietto o soltanto di un elenco (art. 5 prima parte e 4 capov.). Il che peraltro non toglie che sia valida una comparsa all'uopo debitamente notificata: *quod abundat non vitiat.*

La seconda, più grave, sorge più specialmente quando le parti si trovano davanti al presidente e si tratta dei così detti provvedimenti concordati. La proposta di una delle parti e l'assenso dell'altra possono esser fatti indubbiamente mercè comparse, che possono chiamarsi conclusionali, perchè riguardano la richiesta o l'assenso su di una determinata decisione incidentale, e danno fondo, diciamo così, a quella determinata questione. Ma possono altresì, tanto la proposta che l'accettazione, farsi verbalmente, segnandosi nel foglio di udienza? E generalizzando: nel nuovo procedimento, le deduzioni delle parti devono essere scritte, o possono essere anche verbali? Simili domande non si son mai proposte sotto l'impero dell'antico procedimento sommario, malgrado si parli di istanze verbali delle parti all'udienza, nell'art. 248 del reg. gen. giud. Il poterle proporre ora, significa che non c'è una esplicita risposta nella legge, ma che però c'è tanto da far dubitare di una soluzione, affermativa o negativa che si voglia.

Non che nella legge si trovi qualcosa che autorizzi le conclusioni

---

municati regolarmente (art. 11 legge 31 marzo 1901; Mattirolo, III, n. 599, pag. 492); *c*) l'altra disposizione che « se vi sia accordo sopra un'eccezione di incompetenza per territorio, o per connessione di causa, o litispendenza, il presidente provvede con ordinanza e rinvia le parti all'autorità giudiziaria che deve conoscere della causa per ragione della connessione o della litispendenza (art. 34 decr. di coordinam.; Mortara, Man. I, n. 296 pag. 318); *d*) le regole che riguardano la comparizione tardiva del contumace (art. 49 decr. di coordinam.).

(1) Mortara, *Manuale,* I. n. 261 e 262 p. 273 e segg.

orali; ma perchè invece non si trova nulla che le divieti, mentre si dà troppo chiaramente una soverchia importanza al foglio di udienza. Di modo che l'art. 44 del decreto di coordinamento, dove dice che « nel foglio di udienza sono riassunte con chiarezza *le istanze e dichiarazioni verbali* delle parti e sono inserite le ordinanze del presidente, » è la più legittima conseguenza degli art. 7 e 14 della leggè e un pò anche dell'art. 2 e dell'art. 12, in cui non si dice affatto in quale forma le parti debbono consentire la mutazione del rito o la risoluzione di un incidente, e può sempre intendersi che lo possono fare verbalmente, perchè *ubi lex non distinguit neque nos distinguere debemus.*

Intanto l'art. 185 del c. di p. c. dice che un incidente si può proporre mercè *comparsa*: di comparsa parlano esplicitamente gli art. 202 e 203 a proposito dell'intervento in causa: la comparsa suppone l'art. 206 circa il modo di proporre le prove, e la suppongono quindi anche gli art. 216 (interrogatorio), 220 (giuramento), 223 (esame di testimoni): di comparsa parlano altresì gli art. 33 (intervento), 36 (prova testimoniale), 37 (prova testimoniale contraria di fatti nuovi) del decreto di coordinamento, e la comparsa suppone l'art. 39 dello stesso decreto (provvedimenti conservativi o interinali, denunzia di nuova opera e di danno tenuto). Nel codice si parla bensì di istanza verbale all'art. 233; ma ognun sa che questa si limita solamente al caso in cui, per fissare la prova, i procuratori delle parti si presentino tutti spontaneamente al giudice delegato (1). Si dice pure, all'art. 379, che sulla opposizione proposta davanti al presidente, avverso l'ordinanza di pagamento di cui parla il detto articolo, il presidente medesimo *fa risultare* delle istanze e deduzioni delle parti e le rimette ad udienza fissa davanti al tribunale: il che significa che sia permessa la discussione puramente orale (2). Ma a spiega di questa speciale permissione, è da ricordare che, nello stesso articolo, la legge consente l'opposizione fatta dalla parte senza *ministero di procuratore.* Il caso poi dell'art. 373, secondo il quale è permesso ai procuratori di domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, e ciò sia nella comparsa conclusionale che verbalmente all'udienza, è pure troppo eccezionale per essere assunto a dignità di regola. Anche le conclusioni del pubblico ministero sono orali (art. 259 reg. gen. giudiz.). Ma è a notare (a parte le critiche che si fanno alla legge) (3) che il pubblico ministero conclude all'udienza *dopo la discussione delle parti* (art. 347 cod. proc. civ.), e il legislatore ha voluto che questi esprimesse l'avviso rias-

---

(1) Mortara, *Manuale* I. n. 375 p. 357.
(2) Mortara, *Man.* I, n. 456, pag. 433.
(3) Mattirolo, III., ediz. 5ª, n. 561, pag. 461 n. 2.

suntivo, sereno ed imparziale del magistrato nell' interesse della giustizia e della legge (1).

Da questo gaburglio di disposizioni messo insieme che cosa è nato? Che il Mortara, p. es. (2), dice che non essendo scritto in qual modo debba manifestarsi la volontà dei contendenti circa la mutazione del rito, è ragionevole opinare che essi possono dedurla in semplici comparse scambiate all' udienza, o anche verbalmente, con istanza consensuale notata nel foglio di udienza e seguita dall' ordinanza del presidente. Invece quando le parti non concordano la mutazione del rito, ma una di esse la domandi e l'altra si opponga, occorre che espongano le loro ragioni *mediante comparse regolarmente scambiate.* Così pure, parlando degl' incidenti (3), dice che la parte, la quale intende promuovere una stanza incidentale, *la deduce mediante comparsa*, nell' udienza d' avanti al presidente. Però se l' altra parte è d' accordo può dichiararlo *anche verbalmente*, e in questo caso l' adesione è notata nel foglio di udienza.

Ebbene, ciò dipende da questo, che oltre all'art. 12 della legge 31 marzo, il quale alla stessa guisa dell' art. 2 già ricordato, non prescrive forma alcuna, e genera, combinato cogli art. 7 e 14, l'art. 44 del decreto di coordinamento, vi sono pure tutte le disposizioni su ricordate del codice, che non possono non intendersi ancora in vigore, una volta che la legge nuova non le ha esplicitamente abrogate. E non sarebbe stato tanto più semplice richiedere istanze e deduzioni scritte in ogni caso, serbando il foglio di udienza ad una funzione più umile, o, meglio ancora, permettere, in ogni caso, tali istanze e deduzioni, in forma orale, disponendo, come vedremo, per ogni causa, un apposito verbale di udienza?

§ 9. — I provvedimenti dati in udienza.

XXIII. Ho accennato all'art. 14 della legge ed alla questione della sua applicabilità al caso dell'art. 5 capov. 3 in cui si parla del provvedimento del tribunale o della corte occorrente per rinviare la discussione. L'art. 14 dispone che « la constatazione di non comparizione e tutti gli altri provvedimenti dati in udienza, *non sono soggetti a reclamo* e le parti hanno diritto di averne copia per estratto. » Fermiamoci al divieto del reclamo. Mi sono giá domandato se si applica

(1) Vedi la relaz. Pisanelli sul Progetto di codice di proc. civile, in collezione Gianzana, I, n. 278, pag. 142 e segg.

(2) *Manuale*, I. n. 269 bis, pag. 288 e 289. Vedi pure Cuzzeri, nota all' articolo 2 n. 2 e Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 577, pag. 475.

(3) *Manuale*, I. n. 286, pag. 307.

questo divieto al provvedimento di sopra, che è certamente dato in udienza. Ma non è questa la sola difficoltá. Ove l'art. 14 si voglia coordinare con le disposizioni del codice sulla materia, si vedrà come il legislatore forse non siasi reso conto che la formula così generale da lui usata viene ad avere un'applicazione molto più ristretta che non sembri, perchè, in buona sostanza, il divieto del reclamo riguarda solamente i provvedimenti propri del presidente, oltre a quelli concordati, in cui è, piú propriamente, implicito, e non sarebbe occorso alcun articolo per stabilirlo (1).

Si pensi all'art. 40 del decreto di coordinamento, che, con molta opportunità, ha ricordato un' altra cosa dimenticata, ma fortunatamente implicita, almeno anche a parer nostro, nella legge del 31 marzo (art. 12), e cioè la facoltà del presidente (art. 182 p. c.), e quindi anche del giudice delegato (art. 12 capov. 2 legge), di pronunziare con ordinanza, nei casi di urgenza, sulle domande per provvedimenti istruttori od altre istanze incidentali. Queste ordinanze sono soggette a reclamo (art. 183 p. c.), e l'art. 40 del decreto di coordinamento lo dice.

Si ricordino altresì l'art. 209 c. p. c., che riguarda i poteri del giudice delegato, e va anche oggi applicato (art. 12 ult. capov. legge), e gli art. 170 e 171 circa l'appellabilità nei casi di pene inflitte ai procuratori inadempienti all' obbligo della restituzione dei documenti nel procedimento formale (2).

XXIV. Il divieto del reclamo, fermato all'art. 2 capov. 1, per le ordinanze di mutazione del rito, pare che ispiri anche il disposto della esenzione da ogni notificazione. Infatti, se non v'è luogo a reclamo, perchè la notificazione? Eppure l' art. 367 c. p. c. dispone in generale che l'ordinanza è notificata ai procuratori che non sono stati presenti alla pronunziazione di essa (3), e lo stesso art. 12 ult. capov. della legge 31 marzo dispone la notificazione, ai procuratori non presenti, del provvedimento del giudice delegato, il quale, compiuta l'istruttoria, o sorgendo questioni incidentali, rimette le parti ad udienza fissa; mentre l'art. 183 c. p. c. stabilisce la notificazione delle ordinanze incidentali emanate dal presidente nei casi di urgenza (art. 182), quando vi sia contumacia di qualcuna delle parti, e l'art. 385 detto codice ferma in generale che le ordinanze di istruzione sono

(1) Vedi Mattirolo, III, ediz. 5ª n. 718, pag. 590 e 591. Ma l' art. 14 non si può limitare, come potrebbero far credere alcune parole di commento del Cuzzeri, ai soli « provvedimenti diversi da quelli relativi all' ammissione di mezzi istruttori, » e per i quali non è necessaria nemmeno « la forma dell'ordinanza ». Vedi però lo stesso Cuzzeri, sull'art. 5 n.° 8.

(2) Vedi, innanzi al n.° XIX.

(3) Vedi altresì gli art. 3 e 4 del decreto di coordinamento.

notificate al contumace mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria.

E si noti che, secondo l'art. 10 del decreto di coordinamento, l'ordinanza che dispone la mutazione del procedimento, dichiara la contumacia delle parti che vi sono legalmente incorse, e secondo l'art. 40 già ricordato, sono possibili oggi ordinanze di istruzione alle quali andrebbero applicati gli art. 183 e 185 c. p. c. circa la notificazione (1). Quanto alle comparse che contengono proposte di mezzi di istruzione e agli elenchi dei documenti comunicati, giustamente l'art. 5 del decreto di coordinamento dispone che non occorre la notificazione alle parti delle quali fu accertata la non comparizione all'udienza (2).

Opportunamente ha provveduto il decreto di coordinamento, all'art. 9, dando obbligo al cancelliere di far avvisare le parti che non siano state presenti alla pronunzia dell'ordinanza, che dispone *di ufficio* la mutazione del rito. Ma questo stesso articolo è, come si vede, incompleto, perchè si limita ai casi in cui la mutazione del rito avvenga di ufficio. Perchè mai, con tutte le disposizioni summenzionate, non dovrebbe essere notificata l'ordinanza emessa sull'istanza di una delle parti, assente o contumace l'altra?

Il decreto di coordinamento ha provveduto pure, perchè, al 1° capoverso dell'art. 10, stabilisce che per le notificazioni al contumace si osserva la disposizione dell'art. 385 del cod. di proc. civ. Ma ognun vede che tale disposizione potrebbe essere giudicata contraria all'art. 2 cap. 1. della legge, ove non si tenesse conto che questa non ha menomamente toccato all'istituto della contumacia, e che perciò il detto capoverso dell'art. 2, il quale esenta dalla notificazione del provvedimento di mutazione del rito, non si estende ai casi di contumacia (3).

Inoltre, come va che il 1. capov. dell'art. 10 del detto decreto rimanda all'art. 385, mentre l'art. 7, a proposito dell'ordinanza presidenziale indicata nell'art. 12 della legge, nulla dice circa il modo della notificazione, ove la pronunzia sia avvenuta « non presenti le parti? » Il dubbio non è insignificante. Il Mortara (4) ritiene che queste ordinanze vadano notificate nel modo prescritto per la citazione, perchè così soltanto c'è garenzia di effettiva partecipazione di esse a colui che si tiene assente dal giudizio. Ma io non vedo perchè non andrebbe invece applicato al caso di assenza il capov. 1. dell'art. 367

(1) Vedi pure art. 7 del decreto di coordinamento.

(2) Mortara, *Manuale*, I. n. 466 p. 445.

(3) Il Cuzzeri (Note, all'art. 2 n. 6) ritiene che se l'ordinanza sia pronunziata fuori d'udienza, quando le parti non siano presenti, si applichi pure il disposto dell'art. 9 del decreto di coordinamento.

(4) *Manuale* I. n. 466 p. 445.

c. p. c., (come al caso di contumacia va applicato il cap. 1. dell'art. 385) (1), e per i giudizi commerciali l'art. 396 detto cod. E si badi che tutto ciò trova giustificazione nel disposto degli art. 3 e 4 del decreto di coordinamento. Chi non vede le questioni che sorgeranno? E gli avvocati le chiameranno anche eleganti.

Quanto al provvedimento di rinvio della discussione, di cui parla l'art. 5 capov. 3, la questione della notificazione, che pur si può fare, dipende da quella della natura di tale provvedimento e della proponibilità del gravame avverso il medesimo, come abbiamo sopra accennato.

§ 10. — La teoria degli incidenti.

XXV. A più gravi considerazioni dà luogo la teoria degli incidenti. L'art. 4 della legge parla di provvedimenti *consentiti* dalle parti o *demandati* al presidente. Se non possono essere quelli soltanto specificati all'art. 26 del decreto di coordinamento, si deve ricorrere all'art. 12 della stessa legge. Però questo ha tutta l'aria di voler dare all'articolo 4 una portata assai ristretta, perchè si riferisce letteralmente alle sole *domande per ammissione di mezzi istruttorii*, ed esclude le altre *questioni incidentali* (arg. ult. capov. detto art.). Solo per le prime, al capov. 1., aggiunge: « se la causa non si trovi iscritta sul ruolo di spedizione, le parti procedono in conformità dell'art. 206 del cod. di proc. civ. (2). »

Intanto sappiamo che tra gl'incidenti che si svolgono *fuori d'udienza*, oltre agli esami testimoniali a futura memoria, vi sono le inibitorie (art. 484 c. p. c.), i provvedimenti di custodia o di conservazione nel corso di una causa di revindicazione, gli assegni provvisionali durante un giudizio di divisione (3). Sappiamo ancora che vi sono incidenti, che si svolgono addirittura *prima della citazione* (es. una domanda di sequestro, una nunciazione), ovvero *dopo la sentenza* (es. liquidazione delle spese, correzione della sentenza). Ai termini dell'art. 12, si potrebbe provvedere soltanto a un esame testimoniale a futura memoria, ma non per gl'incidenti, che non rientrano nelle categorie di un qualsiasi mezzo istruttorio: e l'articolo 4 non specifica nemmeno che i provvedimenti *demandati* al presidente sieno quelli *della legge* in generale, per potersi riferire a tutte le disposizioni del codice che rimangono in vigore.

È vero che per qualche gruppo di questioni, che sistematicamente vanno annoverate come incidentali, il codice ha discipline a sè, non

---

(1) Così pure il Cuzzeri, sull'art. 12. n. 6.

(2) V. Cuzzeri, sull' art. 12 n. 1 pag. 40.

(3) Mortara, *Manuale*, I. n. 289.

toccate nell'ultima riforma; ma è vero pure che, oltre ai mezzi istruttorii, sono nel codice stesso considerate come incidentali molte altre questioni, per le quali nessuna parola è nella legge del 31 marzo. Così, per il sequestro conservativo, provvedono gli art. 925 e 927, stabilendo la forma del ricorso e la competenza del pretore o del presidente. Ed altre disposizioni del codice provvedono appositamente in tutti i casi di domande, che potrebbero essere strettamente incidentali, ma si può avere interesse a proporle, o addirittura come istanza principale (es. art. 282 c. p. c. — verificazione di scrittura, e art. 296 detto codice — querela di falso), o quando non vi sia ancora giudizio pendente (es. art. 251 capov. 2., c. p. c. — esame testimoniale a futura memoria; art. 938 prima parte detto codice — denunzia di nuova opera o di danno temuto), o dopo la pronunzia della sentenza (es. art. 375 — liquidazione delle spese, e art. 370 capoverso 2 c. p. c. — omissione di pronunzia sulle medesime).

Per le correzioni delle sentenze provvede l'art. 573, stabilendo pure, nei casi di accordo, la forma del ricorso. Ma nei casi di dissenso fra le parti, si potrà anche provvedere nel modo stabilito per gl'incidenti, e cioè prima dinanzi al solo presidente e poi dinanzi al collegio, dopo comparsa seguita da citazione delle parti, ai sensi degli art. 181 e 473 capov. 2., del c. di p. c.?

Inoltre si può seguire la procedura segnata nell' art. 181 per la domanda di denunzia di nuova opera e di danno temuto, pendente tra le parti un giudizio che abbia connessione coll'oggetto della denunzia (art. 938 cap. c. p. c.); per ogni provvedimento conservativo o interinale, compresi i sequestri giudiziari (art. 1875 c. c. e 921 c. p. c.); per la esecuzione provvisoria, pendente l'appello, quando sia stata chiesta e non pronunziata nel primo giudizio (art. 483 c. p. c.); o, pendente pure l'appello, per la inibitoria della esecuzione provvisoria con cessa (art. 484 c. p. c.)?

Evidentemente, nella mente del legislatore, coll' art. 12, non si è potuto intendere di limitare, nel procedimento sommario, i poteri dati al presidente in quello formale, ai soli incidenti sui mezzi di prova, e le parole dell'art. 4, che dicono di provvedimenti a lui *demandati* o *consentiti dalle parti,* bisogna intenderle, per quanto alla lettera non significherebbero ciò, nel modo più largo, ossia tale da rendere applicabili al procedimento sommario tutte le regole della procedura incidentale segnata per il rito formale. Il che ha fatto il decreto di coordinamento, non solo coll' art. 40 già ricordato, ma anche coll'art. 39, a riguardo dei provvedimenti conservatorii ed interinali e delle domande per denunzia di nuova opera o di danno temuto, e coll'art. 53, a riguardo delle inibitorie, oltre che con altri articoli, che portano il n.° 30 e seguenti e concernono le altre questioni incidentali.

Nella relazione presentata all' ufficio centrale del senato (relatore Carnazza-Puglisi) il 30 gennaio 1901, si dice proprio che l' art. 12 *fa un'applicazione speciale dell'art.* 4 dello stesso progetto, quando le parti sono concordi. Io aggiungo che lo stesso art. 12, al cap. 1., o ha una portata molto maggiore di quel che la sua lettera dice, ed è perciò soltanto un' applicazione speciale del principio generale circa gl'incidenti e il modo di proporli nei casi in cui la causa non si trovi iscritta sul ruolo di spedizione, principio presupposto, se non detto, dall'arcicolo 4; o è perfettamente inutile, per non dire che non metteva conto, per così poco, di snaturare e contraddire, come osservò l' onor. Calvi alla camera, nella tornata del 29 gennaio 1901, all' indole del procedimento sommario, « innestando nel medesimo un istituto proprio del procedimento formale. » A che si ridurrebbe infatti la utilità di provocare con la procedura incidentale un mezzo istruttorio, quando è tanto semplice concordarlo o discuterlo all' udienza fissa alla quale devono essere sempre state citate le parti? Si è pensato al caso di un' udienza fissata a termine troppo lontano. Ma non si è badato a riflettere che per questo caso la legge stessa dá il rimedio nell'abbreviazione del termine. In buona sostanza, si può dire che la procedura incidentale, ove fossse limitata alle sole prove, sarebbe stata scritta per gli esami testimoniali a futura memoria pendente la lite. E francamente, per questo solo caso, non metteva conto preoccuparsi.

XXVI. Ma non si può negare che siamo sempre in una questione di interpretazione, e che per quanto possa a tutti apparire, come effettivamente è, la più conforme allo spirito della legge ed anche la più spediente, potrebbe sempre un interprete sostenere che per *provvedimenti demandati al presidente* bisogna intendere quelli che risultano dalla legge medesima e che si trovano specificati all'art. 26 del decreto di coordinamento, e che nella frase *provvedimenti consentiti dalle parti*, oltre a quelli dell' art. 12, si potranno comprendere al più anche gli altri procedimenti incidentali, ma non si potrà mai credere essere consacrata addirittura, pel procedimento sommario, l'apposita procedura incidentale scritta pel solo procedimento formale, agli art. 181 e seguenti del codice di procedura.

Il che si rafforza con la considerazione, che ove il legislatore avesse voluto portare nel rito sommario non la sola risoluzione delle questioni incidentali dinanzi al solo presidente, ma addirittura la procedura degli incidenti, avrebbe usato termini precisi e avrebbe inteso per di piú il dovere di eliminare le difficoltà che hanno tormentato gl'interpreti del codice, a qualcuna delle quali ha pur pensato il previdente decreto di coordinamento, come si può leggere all'art. 34 di esso. Ivi si parla delle eccezioni di incompetenza e non è inopportuno ricordare qui che l' accordo delle parti potrebbe accadere anche in

una questione di incompetenza assoluta, come potrebbe accadere altresì per l'ammissione di pròva testimoniale sopra oggetti per i quali tale prova non è consentita. Ebbene la legge non dice che cosa debba fare in questi casi il presidente (1).

E poichè ho accennato alla relazione dell'ufficio centrale del senato, è opportuno aggiungere da altro canto che nella relazione Bonasi sul progetto presentato alla camera il 5 marzo 1900, dandosi ragione della allor proposta separazione dell'udienza in due parti, si dice che l'intervento del solo presidente basta a reggere l'accordo delle parti e che « nulla di essenziale viene compromesso con tale disposizione, poco dissimile del resto da quella che si incontra nella procedura incidentale delle cause formali. » Però non solo non si accenna affatto alla trasfusione di questa procedura nel rito sommario; ma dalle parole che seguono v'è tutto a ritenere che non siasi proprio voluta. Infatti, la relazione seguita così: « L'udienza in cui sarà chiamata la causa avrà due parti: la prima per lo svolgimento dei provvedimenti che si appartengono al presidente; l'altra per la discussione, quale deve farsi innanzi all'intiero collegio. Ciò, che è caratteristico del rito sommario e rimane fermo, *si è che gli incidenti non si distacchino dal merito,* finchè possa domandarne la decisione finale della causa quella delle parti, contro la quale è proposta domanda incidentale inammissibile (2). »

---

(1) L'art. 34 del decr. di coord. stabilisce: « Se vi sia accordo sopra una eccezione di incompetenza per *territorio,* o per *connessione di causa,* o *litispendenza,* il presidente provvede con ordinanza, e rinvia le parti all'autorità giudiziaria che deve conoscere della causa per ragione della *connessione* o della *litispendenza.* » Risulta quindi che in caso di *incompetenza assoluta* il presidente potrà solo rinviare le parti al collegio, se esse vogliono provocare una decisione del giudice che costituisca giudicato sulla questione. E quanto alla incompetenza territoriale è pure chiaro, da un lato che se le parti possono essere di accordo nel riconoscere la incompetenza del tribunale adito, possono essere in disaccordo circa il tribunale competente; e dall'altro che se le parti medesime fossero in disaccordo circa la competenza dello stesso tribunale, il presidente non potrebbe ordinare la riunione all'udienza del collegio della questione incidentale con quella di merito, perchè ogni difesa sul merito sarebbe incompatibile con la eccezione di incompetenza relativa (art. 187 cod. pr. civ.). E perciò bene l' art. 34 non parla di rinvio (Mortara, *Man.* I, n. 296 pag. 317; Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 761, pag. 625).

E a proposito di competenza per connessione di causa e per litispendenza, è opportuno ricordare che per la unione di cause per identità di domande o per connessione, l'art. 31 del decreto di coordinam. contiene una importante disposizione, modificativa, sotto vari aspetti, di quella contenuta nell' art. 229 del reg. gen. giudiz., e nella quale si determina, tra l' altro, la forma del procedimento incidentale per la domanda di unione (Mattirolo, op. e loc. cit.).

(2) Vedi pure la relazione Gianturco sul progetto presentato alla camera il 26 novembre 1900.

Inoltre (e la cosa è più grave) è da ricordare che, nella discussione dell'art. 4, alla camera (tornata del 26 gennaio 1901), il ministro guardasigilli on. Gianturco, che pur nella tornata precedente (sebbene a proposito dei mezzi di prova) aveva detto in genere, e ripetette anche dopo (tornata del 29 gennaio 1901), che il progetto ammetteva la procedura incidentale, rispondendo ad una osservazione dell' on. Manna, parlò della distinzione dei provvedimenti e delle ordinanze che gli antichi chiamavano *litis ordinatoriæ,* da quelli detti *litis decisoriae;* e disse queste precise parole: « Qui si tratta solamente di quei provvedimenti di rinvio, di quei provvedimenti ordinatorii della lite che le parti, quando sono consenzienti, possono chiedere al presidente; *nulla più di questo.* Il resto, che riguarda le questioni decisorie della lite, come quelle sull'ammissibilità delle prove, è rimandato all' art. 12 della legge (1) ».

Indipendentemente da queste considerazioni, potrebbe pur sempre l' interprete rilevare che l' art. 40 del decreto di coordinamento, il quale trasporta *sic et simpliciter* nel procedimento sommario le regole della procedura incidentale, scritte pel procedimento formale e aggiunge che la facoltà di urgenza concessa da queste regole al presidente spetta pure al giudice delegato « sulle domande per provvedimenti istruttorii *od altre istanze incidentali,* » esce pur sempre dai confini della legge del 31 marzo, perchè questa, all'art. 12 capov. 2, ha concesso soltanto al giudice delegato di provvedere « all' ammissione ed esecuzione delle *nuove prove* concordate fra le parti prima della chiusura del processo verbale; » mentre al capov. successivo aggiunge che « compiuta l'istruttoria, *o sorgendo questioni incidentali,* il giudice delegato rimette le parti ad udienza fissa. (2) »

Ciò, sebbene a me pure sembri evidente che, a questo luogo, la legge, parlando di *questioni incidentali,* abbia voluto riferirsi ai soli casi ordinari, non togliendo al giudice la speciale facoltà del presidente, che gli viene dall'essersi a lui estesi, in materia, i poteri del presidente medesimo, limitatamente alla controversia per la quale trovasi delegato a raccogliere qualche mezzo istruttorio.

---

(1) Anche nella tornata del 25 marzo 1901, al senato, il Pellegrini notava che l'art. 4, non intervenendo accordo fra le parti, non dà facoltà di risoluzione al presidente, come dà l'art. 182 del cod. di proc. civ. Ed aggiunge: « L' idea poteva essere fruttuosa, ma a mio giudizio fu mal tradotta nell'art. 4. » — Ma alla camera, nella tornata del 29 gennaio 1901, il Pozzi, relatore, difendendo il capov. 1° dell'art. 12, ebbe a dire che esso era opportuno, tra l'altro, perchè, « per l'art. 182 del cod. di proc. civ., può darsi che vi sia urgenza, ed in questo capo il presidente può risolvere esso stesso l'incidente con ordinanza esecutoria. ».

(2) La idea di estendere al giudice delegato i poteri del presidente vedila esposta nella relaz. Mortara al congr. giur. di Firenze, pag. 97 degli atti del congresso.

§ 11.—Lo sdoppiamento dell' udienza. Il foglio di udienza.

XXVII. Tutti questi difetti sono sufficienti per se stessi ad autorizzare la illazione che la legge del 31 marzo, pur essendo a retti principii ispirata, ha complicato, invece di semplificare il procedimento, tanto che gia comincia a dare adito ad una quantità di nuove questioni di stretto rito, come se quelle che già si facevano non fossero una piaga sufficiente dei nostri giudizi civili.

Ma v' è dell' altro ancora, perchè i difetti non sono soltanto di redazione o di coordinazione delle disposizioni nuove con le altre vigenti. Molto v' è da dire anche a riguardo di alcune sostanziali innovazioni volute, cominciando proprio da quella testè accennata, ossia la separazione dell' udienza in due *parti,* come dice la relazione Bonasi, o due *fasi,* come dice più propriamente il Mortara.

Lo sdoppiamento solamente formale dell' udienza, la quale rimane sostanzialmente unica, non solo fa, insieme alle altre ragioni cennate sopra, dubitare che il legislatore non abbia inteso di trasportare completamente nel procedimento sommario il rito degl' incidenti, ma con lo scopo apparente di non far perdere tempo ai giudici, finisce in fatto per far chiamare fino a quattro volte un ruolo di cause, che può essere enorme. Spesso le parti, dopo le lungaggini delle udienze e dei rinvii, possono mettersi di accordo e consentire, poniamo, un mezzo istruttorio, proprio quando la causa si trovi a discussione. Allora, malgrado il presidente avesse fatto uso della facoltà dell'art. 29 capoverso del decreto di coordinamento, il provvedimento spetta sempre a lui, e lo stesso decreto (art. 48) ha dovuto facultarlo a rinviare le parti davanti a se stesso. E poichè il foglio di udienza è unico per tutte le cause e deve portare successivamente, per ordine cronologico, i provvedimenti dati, il decreto (art. 45) ha dovuto provvedere a che il foglio di udienza serva anche per i provvedimenti dati fuori di udienza, quand' essa è giá chiusa.

Nè queste sono le sole disarmonie ed i soli inconvenienti dello sdoppiamento formale dell' udienza. Anche a riguardo dell' intervento in causa è da notare che, mentre per l'art. 204 capov. cod. proc. civ., nei casi d' intervento proposto all' udienza, le quistioni sono giudicate dal tribunale o dalla corte, accade che l' articolo 33 del decreto di coordinamento, rifermando il principio che l' intervento non ritarda la decisione della causa (art. 204 ult. capov. c. p. c.), ha dovuto pur attribuire al solo presidente la potestà del rinvio della discussione, desunta dall'art. 9 primo capov. della legge del 31 marzo 1901 (1).

(1) Sulla importanza della disposizione contenuta all'art. 33 capov. del decreto di coordinamento, vedi Mattirolo, III, ediz. 5.ª n. 839, pag. 688 e 689. « Con

Sarebbe stato dunque più semplice far assistere i giudici all'udienza, chiamandoli a prender parte alla sola discussione. Ma poichè la riforma si voleva, ed era anche giusta, bisognava intenderla *sano modo* e dare chiaramente ad essa la giusta comprensione, giacchè nulla è più nocivo dei mezzi termini. L'udienza per tutte le cause poteva stabilirsi esser quella del collegio. Però le parti, o una qualunque di esse, per i differimenti, la comunicazione dei documenti e lo scambio degli scritti defensionali, la risoluzione concordata degli incidenti ed ogni altro procedimento ordinario, avrebbero dovuto provvedersi dinanzi al solo presidente, adendolo lo stesso giorno dell'udienza, anche in ora anteriore, o in altri giorni stabiliti, sia mercè citazione per biglietto avente l'istessa efficacia che oggi le è data, specie a riguardo della contumacia, e con l'istesso obbligo dei termini (art. 1 e segg. del decreto di coordinamento), sia mercè scambio di comparse all'udienza del collegio, e susseguente provvedimento di rinvio dinanzi al presidente.

Così tanto dinanzi al presidente che dinanzi al tribunale sarebbero venute le sole cause per le quali occorrono provvedimenti dell'uno o dell'altro. Quelle infatti aggiornate mercè biglietto dinanzi al presidente, non sarebbero state messe al ruolo del collegio, e quelle urgenti, per le quali fosse stato fatto il deposito preventivo dei documenti, venute solo dinanzi al collegio, avrebbero da questo giustamente avuto l'unico provvedimento preparatorio possibile, e cioè il rinvio della discussione ad altra udienza, come è prescritto all'art. 5 capov. 3° della legge.

Comunque, a me fa maraviglia una sola cosa, ed è che una disposizione così gravida di significati e di conseguenze come quella in esame sia passata nella discussione del parlamento senza che nessuno ne avesse detta o intuita almeno la portata. Il merito di ciò, pare incredibile, spetta solo al redattore delle disposizioni di coordinamento. Il Bonasi, che propose lo sdoppiamento dell'udienza, nella relazione presentata alla camera il 5 marzo 1900, si limita in sostanza a giustificarlo, parlando della minor perdita di tempo pei giudici e per gli avvocati, e aggiunge: « Il Presidente, non pressato dall'aspettazione della discussione da parte dei giudici e degli avvocati, delibererá con maggiore tranquillità adottando meglio causa

---

questa disposizione, dice il Mattirolo, rimane accertato che il principio, stabilito nell'ultimo comma dell'art. 204 del codice di procedura civile, non impedisce al terzo regolarmente intervenuto di confortare le sue istanze con nuove prove, che allo stato dell'istruttoria della causa siano ammissibili, provocando, ove d'uopo, un'ordinanza di rinvio della discussione della causa, e così una più ampia istruzione della medesima. » Siamo perciò sempre nel campo delle disposizioni interpretative.

per causa i provvedimenti alla situazione. Gli stessi rinvii, che oggi sembrano una concessione strappata al tribunale, che aspetta la discussione della causa, costituiranno definitivamente parte integrante e legittima del sistema processuale e debbono essere disciplinati con pienezza di provvedimenti e non, come ora, con la fretta di chi sta per passare a cose maggiori. Anche le parti, rinviate per la discussione della causa all'udienza che s'aprirà poco dopo od a quella immediatamente successiva, avranno agio di raccogliersi, per un momento almeno, di scorrere un documento, di aggiungere una conclusione od una postilla, il che ora dev'essere fatto talvolta seduta stante e genera tanto maggiore imbarazzo ed angustia. »

Pare incredibile. Si voleva proprio il contrario di quel che si è fatto. E nessuno se ne è accorto. Infatti quali credete sieno stati i rilievi fatti durante la discussione parlamentare? In generale qualcuno disse che con una simile disposizione si preparava nientemeno che l'avvento del giudice unico. In particolare poi (tornata del 26 gennaio 1901) un deputato rilevò che all'art. 4, dopo le parole *il presidente*, sarebbe stato opportuno aggiungere: *assistito dal cancelliere*; ed un altro, fece notare che non sapeva come conciliare l'art. 4 colla massima di giurisprudenza che una prova inammessibile, ancorchè concessa col consenso delle parti, non cessa di essere tale. Il primo dimenticava l'art. 53 di cod. di proc. civ.; ma nel rispondere al secondo il guardasigilli dimenticò lui che si trattava di una questione già fatta in applicazione delle regole sul procedimento formale, e rimandò all'art. 12, che non risolve affatto simile questione. È ciò fu tutto.

XXVIII. Non è poi una vera innovazione, ma è indubbiamente caratteristica nella legge del 31 marzo 1901, la importanza data al così detto *foglio di udienza* (art. 7 e 14 della legge), come ha poi messo assai bene rilievo il decreto di coordinamento (art. 21, 27, 44, 45, 46). Ma nemmeno in ciò, il nostro legislatore ha avuto la mano felice. Una volta che si è giustamente creduto di tenere le parti a contatto col magistrato, più che non accadesse nel procedimento formale, e si è almeno pensato, stabilendo le facoltà del presidente, a quelle che il codice dà al pretóre (1) e si è voluto che l'andamento della

(1) Art. 29 capov. del decreto di coordinamento che si ispira all'art. 421 codice proc. civ. Si tenga pure presente che l'art. 35 prima parte del detto decreto, ispirandosi pure all'art. 424 capov. del detto cod., dispone che « quando sia concordata l'ammissione di un interrogatorio, e la parte che deve rispondere sia presente, il presidente *ha facoltà di interrogarla immediatamente o di disporre che l'interrogatorio abbia luogo dopo finita la pubblica udienza.* » Questa disposizione però potrebbe apparire contraria al capov. dell'art. 217 del c. di proc. civ., ove non si riflettesse che qui non è detto se *il giorno* da stabilirsi con l' ordinanza che ammette l' interrogatorio debba essere diverso o possa essere lo stesso di quello

lite apparisse tutto dal foglio di udienza, come va che non si è vista l'opportunità di una cosa più semplice del foglio di udienza, e cioè del *verbale di causa?* Il procedimento sommario poteva essere essenzialmente orale. Invece ora, non solo si disputa già, come si è visto, se, oltre alle comparse conclusionali, sieno consentite anche le comparse semplici (1), ma nasce confusione, come si è visto pure, tra le richieste scritte delle parti e quelle che possono farsi oralmente e vanno segnate nel foglio di udienza (2).

Inoltre i provvedimenti del presidente non vengono l'uno dopo l'altro per ogni causa (art. 21, 30 e 40 del decr. di coordin.) e si deve ammettere, per tenerli presenti, il rilascio, in carta da bollo, di copie del foglio di udienza, che è in carta semplice (art. 14 legge e art. 44 e 45 del decr. di coordin.). Eppure, stabilito che si redigesse per ogni causa un verbale, questo avrebbe portato le deduzioni delle parti, o la sola menzione delle conclusioni scritte presentate, e i provvedimenti del presidente; e si sarebbe avuto un fascicolo in cancelleria da cui risultasse tutto d'andamento della causa, dalla costituzione delle parti, alle prove testimoniali, ai giuramenti, alle perizie. Anche a riguardo delle copie dei provvedimenti e delle deduzioni contenute nel foglio di udienza, si sarebbe potuto prendere esempio dal procedimento dinanzi ai pretori, dove è detto che questi pronunziano tenendo presenti i verbali originali. La legge del 31 marzo invece nulla dice, ed ha provveduto il decreto che contiene le disposizioni di coordinamento. Ma questo può sembrare a prima vista anche qui che vada al di là della legge. Infatti l'art. 14 della legge dice che le parti *hanno diritto di avere copia...,* mentre l'art. 44 del decreto, che la parte ha l'*obbligo* di munirsi di una copia.... Eppure il decreto è più logico dalla legge, perchè è conforme al sistema del codice, che pure è stato mantenuto integro dalla legge, e secondo il quale i tribunali non possono decidere, come i pretori, sugli originali degli atti e provvedimenti raccolti o emanati in corso di causa, ma sulle copie. Basti a convincersi di ciò, leggere l'art. 211 ult. capov. del cod. di proc. civile.

§ 12. — Il decreto di coordinamento.

XXIX. Quale avrebbe dovuto essere il corollario delle innovazioni fatte? Poichè la citazione inizia il giudizio, dà alle parti citate il

---

dell'udienza. Comunque, anche questa prima parte dell'art. 35 contiene una disposizione interpretativa.

(1) Mortara, *Man,* I, n. 261, p. 273.

(2) Mortara, *Man,* I, n. 286, p. 307-308.

diritto di veder giudicata l'istanza, tanto che può rinnovarla per proprio conto, ha effetti giudiziali e conservativi importantissimi, e poichè si è voluto il giudice a contatto e regolatore delle parti, perchè poi non prendere occasione dalla riforma per tornare al sistema del diritto romano giustinianeo, passato, attraverso il diritto canonico, nelle legislazioni anteriori alla codificazione francese, rimasto in qualche legislazione moderna (es. il regolamento di procedura austriaco), e stabilire addirittura che la citazione non si può notificare liberamente dalla parte, ma deve essere autorizzata da un decreto del magistrato competente, il quale stabilisca anche l'udienza e la neghi, qualora la citazione medesima apparisca evidentemente infondata o di mera iattanza?

Invece, pur protestando di voler tutto conservare, si è molto sconvolto, senza un'adeguata ragione dello sconvolgimento, e non solo, come ho già notato, è stato aperto l'adito ad una infinitá di controversie, ma si è indotto il potere governativo ad un decreto di applicazione della legge, che per essere di coordinamento, ha dovuto diventare di vera e propria legiferazione. Alcuni esempi ho addetto qua e là. Non è inopportuno che io ne rilevi degli altri.

Tralascio di fermarmi sulla disposizione evidentemente suppletiva della legge, secondo la quale « il decreto che autorizza la citazione per pubblici proclami stabilisce il termine in cui devono essere depositati i documenti » per avere il diritto di far discutere la causa nell'udienza stabilita, e aggiunge che « tale termine non può essere superiore alla metà di quello assegnato per la comparizione (art. 18 decreto di coordin.), » mentre la legge, senza alcuna distinzione, per concedere il diritto mentovato, parla del deposito dei documenti nella cancelleria « almeno quattro giorni prima di quello fissato per l'udienza (art. 5 legge), » ed autorizza, in tutti i casi, ove concorrano motivi gravi, il differimento della discussione.

Tralascio pure di fermarmi sulla disposizione evidententemente e solamente interpretativa contenuta nell'art. 29 del decreto di coordinamento, dove si rileva che l'azione in riconvenzione può essere proposta per comparsa: la qual cosa, per quanto sia certa, anche indipendentemente da questo articolo 29, non cessa di essere stata alquanto controversa nella dottrina e nella giurisprudenza (1).

Una disposizione solo interpretativa e non anche di coordinamento imprescindibile o regolamentare è pure quella dell'art. 11 ult. capov.

---

(1) Vedi altresì l'esempio che si trova in nota al n XXVIII. Ma non si dirà che l'art. 55 delle disposizioni di coordinamento abbia mutato la legge, perchè ha stabilito che la parola *parte*, usata, tra gli altri, all'art. 2 della legge, indica anche *i procuratori*: e ciò contrariamente all'opinione dell'onorevole Pozzi esposta nella relazione 8 luglio 1898 alla camera dei deputati. Vedi Cuzzeri, note all'art. 2. n. 3.

del r. d. 31 agosto 1901, col quale si vieta di ordinare di uffizio il procedimento formale nelle controversie per opposizione a precetto o in sede di esecuzione forzata. Infatti l' art. 2 della legge non ha per nulla alterato i termini della questione che si faceva in base all' art. 391, che autorizzava il tribunale o la corte, secondo la natura o le particolari condizioni della causa, ed il presidente, nel caso di consenso delle parti, ad ordinare che un giudizio, cominciato col procedimento sommario, fosse proseguito in via formale, anche quando il procedimento sommario fosse stato prescritto da *leggi speciali*; ed all' art. 573 detto codice, il quale prescrive che nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario. Invece l'ultimo capov. dell'art. 11 del decreto 31 agosto 1901, o ritiene ancora per questa parte in vigore l' art. 391 del cod. di proc. civ. e presuppone risoluto che l'art. 573 vada considerato come *legge speciale*, o applica solo l' art. 2 della legge 31 marzo e limita, senza che in questo si trovi alcun dato che lo autorizzi, il significato dell' art. 573, in base ad un criterio ristrettivo, che è pure discutibile ed è certamente della dottrina (giusta tuttavia, perchè consentanea allo spirito della riforma) e non del testo della legge. Stando a questo soltanto e nel suo stretto tenore, perchè mai infatti la mutazione del rito potrebbe essere concordata o richiesta e discussa proficuamente dalle parti e non potrebbe essere ordinata di uffizio? Però la questione ha pochissimo interesse pratico, non potendosi ritenere che i tribunali facciano mai e in tutti i casi uso della potestà di ordinare di uffizio il procedimento formale, potestà che il Mortara giustamente trova inopportuna (1), dato, per usare le stesse sue parole, che il concetto della legge fu quello di stabilire la uniformità normale del nuovo rito ordinario e che la maggior garenzia di particolari modi di procedura concerne l' interesse delle parti esclusivamente.

Ma una disposizione addirittura contraria alla legge può sembrare che si trovi nell'art. 35 capov. 1.° del decreto di coordinamento, dove si dice che l'ordinanza la quale ammette il giuramento decisorio sull'accordo delle parti « indica l' *udienza* in cui dovrà essere prestato, *salvo che per gravi motivi sia delegato un giudice a riceverlo* » La disposizione è scritta per rifermare il concetto dell'art. 222 prima parte del codice, che il giuramento va prestato all'udienza. Però se è evidente che quando sia delegato un giudice per ricevere il giuramento, non occorre indicare *udienza*, dato che il giuramento non si debba prestare in essa, non si capisce invece perchè l' art. 35 non abbia detto che si stabilirà il *giorno* in cui debba essere prestato, salvo il caso che il giudice sia estraneo al collegio. L'art. 222 capov. 1° del

(1) *Man.* I n.° 269 bis, p. 289.

cod. di pr. civ. dispone: « Quando il giuramento sia ammesso con ordinanza, questo stabilisce il *giorno* in cui dovrà essere prestato, *sempre che debba prestarsi all'* UDIENZA *davanti un* GIUDICE DEL COLLEGIO ». Quale la ragione di non ripetere puramente e semplicemente la chiara dizione di questo articolo, o riferirsi soltanto alla medesima? Intanto se alle parole del 1. capov. dell'art. 35 del decreto 31 agosto: *salvo che per gravi motivi sia delegato un giudice a riceverlo*, bisogna dare lo stretto significato che hanno, senza studiare di intenderle in rapporto alla dizione dell'art. 222 del codice, come fa p. es. il Mortara (1), bisogna dire che questo sia stato in parte modificato (2).

Ed a dubbi può dar luogo anche l'ultimo capov. dell'art. 32 del decreto di coordinam., ove si intenda alla lettera. Infatti, mentre al capov. dell'art. 199 del codice si legge in genere che « la domanda in garentia se non sia in istato di essere giudicata, contemporaneamente alla domanda principale, non può ritardare la decisione di questa, » nel detto ult. capov. dell'art. 32 si legge invece che « la chiamata in garentia *proposta dinanzi al collegio* non ritarda la decisione della lite principale ». Non si saprebbe veder la ragione dell'aver voluto mutare la legge nel coordinare al nuovo rito sommario le disposizioni applicabili ed applicate già, che si trovano scritte nel codice per il rito formale. Ma il Mortara (3) ha interpretato che, per domanda *proposta dinanzi al collegio*, debba intendersi domanda *proposta fuori termine*. Ed ha aggiunto: « Ciò non significa che *in ogni caso* l'istanza di garentia proposta davanti al collegio debba rimanere separata dalla causa principale, potendo anche verificarsi che sia in grado di ricevere decisione immediata insieme con la detta causa. » Inoltre la stessa chiamata in garentia proposta davanti al presidente, potendo dar luogo a contestazioni fra garante e garentito e quindi a lunghe indagini e discussioni, non deve ritardare indebitamente la decisione della causa principale (4).

XXX. L'interesse pratico ha riacutizzato subito la vecchia questione

---

(1) *Man.* I. n. 224 pag. 351.

(2) Giustamente, sebbene pur sempre interpretativa, è poi rispetto al combinato disposto degli art. 222 e 223 del codice, la disposizione contenuta nello stesso cap. 1.° dell'art. 35 del decreto 31 agosto 1901, secondo la quale l'ordinanza che indica l'udienza in cui dovrà essere prestato il giuramento, « è notificata a norma dell'art. 223 del codice », ossia *personalmente*. — Vedi poi per un'altro caso, una nota al n. XX.

(3) *Man.* I n. 308 pag. 325.

(4) Mattirolo, III, ediz. 5.ª n. 797, pag. 652. A riguardo dell'intervento (art. 33 del decreto di coordin.), oltre alle considerazioni ora esposte per la chiamata in garentia, vedi ciò che ho rilevato ai n. XIX in fine e XXVII. Vedi poi Mortara, *Man.* I. n. 318, pag. 331 e Mattirolo, III, ediz. 5ª, n. 821, pag. 673.

dell'ammessibilità o meno della comparizione tardiva dell'appellante contumace contro del quale fosse stato chiesto dall' appellato il rigetto dell'appello senza esame (art. 386 e 489 c. p. c.). Evidentemente la possibilità del deposito dei documenti in cancelleria, prima dell'udienza (art. 5 legge), è cosa affatto nuova, ed implicava necessariamente la questione di sapere se e fino a che punto avesse spostato i termini di applicazione del primo capov. dell' art. 489 (1): siasi o non di ciò accorto il legislatore, che ha dichiarato, nei lavori preparatorii, di non voler toccare menomamente le regole della contumacia. È però giusta e contenuta nei limiti della legge la soluzione del primo capoverso dell'art. 51 del decreto di coordinamento, secondo la quale « l'appellante che prima dell'udienza ha eseguito e notificato il deposito in cancelleria della sentenza appellata e degli atti e documenti del primo giudizio, necessari per l' esame dell' appello, può valersi della tardiva comparizione a norma del precedente articolo 49. »

Ma era pure facilmente da supporre che questa disposizione avrebbe fatto pensare ad una modificazione nei limiti di applicabilità dell'art. 489 del codice di procedura civile, in tutti gli altri casi non rientranti in essa, ed avrebbe quindi potuto influire sulla risoluzione della cennata controversia circa la liceità o meno della comparizione tardiva.

Il che si rileva dallo stesso Mortara, il quale commentando, nella 3ª edizione del suo *Manuale*, l' art. 51 in parola, dice a chiare note che « il governo seguì la più divulgata interpretazione dell'art. 489, ritenendo che in via normale esso non permette all' appellante contumace la comparizione tardiva: » e trova conferma in una sentenza della corte di appello di Napoli, in data 28 febb. 1902 (2), estensore De Ruggiero, nella quale è scritto che « con l' art. 51 del regolamento espressamente si nega il diritto a presentare comparsa tardiva all' appellante, che prima dell'udienza non abbia eseguito e notificato il deposito in cancelleria della sentenza appellata, e degli atti o documenti del primo giudizio. »

E poichè la modificazione apportata ad un articolo di legge così importante bisognava giustificarla, la stessa sentenza citata si affretta a soggiungere: « Si può elevare dubbio se tale disposizione abbia fondamento nella novella legge e se non possa considerarsi quale regolamento efficace a modificare l'art. 489 del cod. di proc. civ. Ma si ha che la legge 31 marzo contiene la facoltà di disposizioni per l' attuazione di essa e pel coordinamento col codice di procedura civile, e contiene pure l' art. 5 in cui è detto che la parte, che ha

---

(1) La prima parte oggi non trova applicazione (art. 1 e 2 legge e 10 decr. di coordin.).

(2) *Giur. ital.* 1902, I, 2, 224.

eseguito il deposito di tutti i suoi documenti, ha diritto di far discutere la causa all'udienza stabilita. Ora far discutere la causa senza altro rinvio vuol dire mettere la parte nella condizione di poter chiedere ed ottenere tutto quello che la legge dà diritto ad ottenere quando l'altra parte non sia costituita nei modi di legge. »

Tutto questo però è troppo ed è troppo poco. È stiracchiata la interpretazione dell'art. 5, è esagerata la portata della delegazione data al potere esecutivo nell'art. 15 della legge del 31 marzo. Lo stesso Mortara non ha mai sostenuto che il governo avesse la potestà di modificare l'art. 489 del codice di procedura. Portatasi ben due volte la questione alla corte di cassazione napoletana (1), egli, annotandole, ne ha approvato le decisioni contrarie a quella data dalla corte di appello. La suprema corte, ritenuto che il governo non avesse facoltà, nè avesse affatto inteso, con l'art. 51 delle disposizioni di coordinamento, modificare l'art. 489 del cod. di proc. civ., ha confermato ancora la sua costante giurisprudenza, secondo la quale è consentito all'appellante contro cui sia stato chiesto dall'appellato il rigetto dell'appello senza esame, di comparire tardivamente e difendersi, ai sensi e in applicazione dell'art. 386 del codice di procedura civile.

Il Mortara infatti giustamente rileva (2) che per attestare il proposito di modificare l'art. 489, *proposito illegittimo e impossibile*, l'art. 51 del r. decreto 31 agosto 1901 avrebbe dovuto dichiarare permessa la tardiva comparizione dell'appellante *solo nel caso* che abbia preventivamente depositato i documenti. E dice altresì: « Se presso tutte le altre sedi giudiziarie la disposizione dell'art. 51 ha un effetto pratico e legittimo nei confini e secondo gli scopi del coordinamento che era missione del governo, presso la corte suprema di Napoli essa smarrisce pregio ed importanza, poichè di fronte alla interpretazione dell'art. 489 da essa accolta, sorge immediata la osservazione: *in eo quod plus est et minus continetur.* »

Questo scrive il Mortara, e con ciò resta giustificato l'art. 51 del decreto di coordinamento in quanto non ha modificato l'art. 489 del codice. Però pur non potendo io in questo luogo occuparmi della questione, non devo omettere di rilevare anche su questo punto che il legislatore, senza accorgersene, ha portato lui a contributo nella controversia un elemento nuovo per la interpretazione dell'art. 489 in relazione all'art. 386. Il Mortara, nella 3ª edizione del suo *Manuale*, ha avuto ragione di opinare che, a seguito della legge del

(1) 30 agosto 1902 est. Calabria, *Giur. ital.* 1902, I, 1, 759, e 10 novembre 1902, est. Santamaria, *Giur. ital.* 1903, I, 1, 53, con note del Mortara.

(2) *Giur. ital.*, 1902, I, 1, 763 e 764.

31 marzo, l' appellante contumace, che avesse preventivamente depositati i documenti prescritti, notificando il deposito con la citazione o con atto separato, può giovarsi della tardiva comparizione, mentre questo beneficio non gli è dato negli altri casi (1). Ed ha avuto anche ragione di scrivere, nella nota sopra citata (2), che, dopo la riforma del 1901, « rimane a vedere se contro i casi di contumacia premeditata, a scopo di tergiversazione e di sleale dilazione della lite, non si possa e non si debba trovare nell'art. 489 una legittima difesa. » Insomma, il processo logico di interpretazione della mente del legislatore, seguito, per coordinare le nuove alle disposizioni del codice, nel modo piú costante in tutto il decreto di coordinamento, dà, col primo capoverso dell'art. 51, un concetto strettamente esatto; ma la portata di tale capoverso, a volerlo bene intendere, eccede i confini assegnati dalla cassazione napoletana, perchè invece è proprio quella datagli dal Mortara nel *Manuale*, e risponde, ripeto, al tenore del nuovo elemento legislativo di cui ora deve tener conto l'interprete dell'art. 489. Si potrà discutere se il potere governativo abbia fatto bene o non a scrivere lui una simile disposizione, invece che rimettere alla dottrina la interpretazione della legge; ma non si può negare che tale disposizione, proprio dal punto di vista della dottrina, sia oggi la sola esatta. E se è così, perchè non accettare senz' altro in tutto il suo tenore, come già aveva cominciato a fare la corte di appello di Napoli, il primo capov. dell' art. 51?

Ma che diremo dell' altra disposizione contenuta nell' ultimo capoverso dell' art. 51 del r. d. 31 agosto 1901, secondo la quale, se l' appellato si sia valso della facoltá di abbreviare il termine a comparire assegnatogli, « l'appellante non comparso, che non sia citato in persona propria, deve essere nuovamente citato nel termine che sarà stabilito dal presidente? » Equa o non che sia tale disposizione, non mi pare veramente possa sfuggire alla critica fattagli, che sia cioè modificativa dell' art. 382 capov. del cod. di proc. civ., in virtù del quale solo « se tra due o più convenuti alcuno sia citato in persona propria, o comparisca, e alcuno non citato in persona propria non comparisca, l' attore se non rinunzi all' effetto della citazione contro il non comparso, deve farlo citare nuovamente con la dichiarazione suddetta (3). »

---

(1) n. 620 ter, pag. 101.

(2) *Giur. ital.* 1902, I, 1, 765.

(3) A proposito di questo articolo e per dimostrare il pericolo dei decreti di coordinamento, non è inopportuno ricordare con quanto scrupolo il capov. 1 del decreto 31 agosto 1901 siasi mantenuto nei limiti della legge, disponendo che « se il biglietto di citazione per abbreviazionè di termine non sia notificato in persona propria agli altri convenuti, la rinnovazione del medesimo, nei casi e per gli ef-

XXXI. Dopo tutto ciò chi vorrà sconvenire che la riforma del procedimento sommario, dopo tanti studi e tanta elaborazione, meritava pure di riuscir cosa organica e bene ponderata? Invece è accaduto che i suoi difetti organici, come io son venuto notando, sono apparsi non appena si è posto mano alla redazione delle disposizioni per l'attuazione della legge e di coordinamento col codice di procedura civile e con le altre leggi. La relazione che precede il decreto 31 agosto 1901 avverte bensì che le disposizioni presentate hanno carattere « in parte legislativo e in parte regolamentare. » Ma la via era pericolosa e sdrucciolevole: e l'esame accurato ed obbiettivo svela che, senza parlare di costituzionalità o meno di alcune disposizioni, la qual cosa a me non sembra del caso, non si può sconoscere che qua e là il redattore del decreto, di fronte agli ostacoli incontrati, non ha fuorviato, ma li ha risoluti affrontandoli, e poichè il materiale della legge che aveva per le mani non rispondeva bene alle intenzioni dell' arte, è stato indotto ad andare alcune volte un po' più in là di quanto gli fosse strettamente consentito. E vedete un po' come la cosa sia stata bene avvertita dallo stesso Mortara. Egli scrive infatti, commentando il decreto da lui stesso redatto, queste significative parole: « Per coordinare alla nuova procedura sommaria, le disposizioni del codice di procedura e delle altre leggi, era ben possibile e prevedibile che il governo si trovasse qualche volta di fronte a disposizioni di dubbia e controversa interpetrazione, sì che il coordinamento non potesse essere eseguito se non adottando una piuttosto che altra interpretazione. Anzi è facile convincersi che una legge non può essere coordinata ad un' altra senza che sia stabilita la interpreta-

---

fetti dell'art. 382 del codice è a carico dell'attore. » Niun dubbio infatti, che se la rinnovazione è necessaria, perchè non si può tener conto della citazione dell'attore, la quale, *ancorchè notificata in persona propria,* è per una udienza diversa da quella in cui è portata la causa, tale rinnovazione *sia a carico* dell'attore medesimo, a cui, per le conseguenze dell'art. 382, interessa. Con ciò al convenuto non è vietato di farla lui. Ma ove questi non voglia, e l'attore non faccia la rinnovazione, poteva il decreto di coordinamento dichiarare che « si intenderà, per presunzione assoluta di legge, che egli abbia rinunziato agli effetti della sua citazione contro i non comparsi, i quali così resteranno estranei al giudizio? » Il La Rosa *(Il procedimento sommario,* n. 20, pag. 30 e 31) avrebbe voluto che sì: di lui sono le parole sopra trascritte. Io invece avrei opinato che no, appunto perchè la disposizione sarebbe stata *interpretativa* e non *coordinativa*, diretta cioè, come avrebbe voluto lo stesso La Rosa (op. e loc. cit.), ad eliminare « le incertezze alle quali ha dato luogo la interpretazione » dell'art. 382. E il decreto del 31 agosto ha ben fatto a tacere. Anche lo interpretare la legge, modifica, *per lo meno in via indiretta,* il testo della medesima, e questo, come ha avvertito per altra occasione lo stesso Mortara (*Man.* I. n. 207, pag. 283 in nota 1, ediz. 3ª), esorbitava dal compito assegnato al governo con l'art. 15 della legge del 31 marzo.

zione di entrambe, come condizione necessaria a compiere il processo logico e giuridico del coordinamento (1). »

L'osservazione è degna dell'ingegno e dell'acume di chi l'ha scritta, ed è giusta, purchè si intenda però limitata nel modo più rigoroso ai casi in cui sia necessario il coordinamento e si renda perciò indispensabile la interpretazione. Ma se le disposizioni di coordinamento provano, quasi costantemente, come siam venuti vedendo, che della facoltà interpretativa, allo scopo di coordinare, è stato fatto il più retto uso e quello più consentaneo allo spirito della legge, chi non vede il pericolo di una simile teoria lasciata in mano al governo, ove questi si rivolga (fortuna che questa volta la scelta è stata eccellente) ad opera di persone non adatte, e il pericolo anche più grave di lasciare al governo la potestà implicita della interpretazione autentica delle leggi sotto la forma della coordinazione della legge nuova con le anteriori?

E il pericolo è tutt'altro che teorico, perchè l'esempio comincia a far regola. Per fortuna si conosce già quale potrà essere la sorte che toccherà al nuovo disegno di legge sulla riforma giudiziaria passato all'unanimità in seconda lettura, ove su di esso il governo voglia insistere ancora. Ma si è bene avvertito, ed è stato abbastanza rilevato, che ove esso diventi legge dello stato, sconvolgerà gran parte dei codici di procedura, cominciando dalla giurisdizione e dalla competenza e finendo al rito, compreso quello dopo tanta fatica legiferato con la legge del 31 marzo ed il decreto del 31 agosto 1901? Tutto ciò è implicito nel progetto. Quale enorme potestà avrà il governo nel coordinare questo con i codici di procedura civile e penale e con le altre leggi, come è detto all' art. 46 del progetto medesimo?

---

(1) *Man.* II, num. 620 bis, pag. 100.

Prof. Arnaldo Lucci

OSSERVAZIONI SULLE COALIZIONI INDUSTRIALI (*)

I.

Sotto il nome di coalizione industriale (trust, pool, syndicat industriel, kartell) si designa quel fenomeno prettamente contemporaneo, che si appalesa sotto forma di associazione tra industriali, allo scopo di regolare nel loro interesse la produzione, la circolazione ed il consumo di uno o più generi di merci. Il fenomeno è assolutamente contemporaneo, perchè presuppone l'avvento massimo della libertà contrattuale e della libera concorrenza: queste due condizioni econo-

(*) La letteratura sulle coalizioni industriali è ricchissima specialmente dal punto di vista economico; dal punto di vista giuridico è abbastanza scarsa. Vedi principalmente: *Cossa* I sindacati industriali; *Flora* I sindacati industriali; *Supino* La concorrenza e le sue più recenti manifestazioni (Arch. Giuridico pag. 307) *Jannet* Les syndicats entre industriels pour regler la production en France; *Babled* Les syndicats de producteurs et detenteurs de marchandises au double point de vue économique et penal; *Amar* Su le coalizioni nell'industria e nel commercio; *Betocchi* Le coalizioni industriali nell'economia e nel diritto; *Marghieri* Sindacati di difesa industriale: *Rousiers* Les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger; *Brouilhet* Essai sur les ententes commerciales et industriels; *Pohle* Die Kartelle der gewerblichen Unternehmer; *Steinmann-Bucher* Ausbau des Kartellwesens; *Kleinwächter* Die Kartelle; *Steinbach* Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation; *Verdrow* Die Unternehmer-Kartelle und der Weg zum wirtschaftlichen Frieden; *Kauder* Die industriellen-Kartelle; *Liefmann* Die Unternehmerverbände; *Matern* Die industrie-Kartelle als Entwicklungsstufe der berufsgenossenschaftlichen Organisation der nationalen Güterproduktion; *Grunzel* Uber Kartelle; *Jenks* The trust Problem; *Ely* Monopolies and trusts. *Waentig* Industrie-Kartelle und Trust (Schmollers Jahrb. 25 Jahrg. pag. 1191; *Plotke* Rechtliche Beurtheilung und gesetzliche Regelung gewerblicher Kartelle (Monatsschrift für Handelsrecht 10 Jahrg. pag. 2).

Vedi anche: Protocollo della Camera dei Deputati di Austria, sessione XII a XVII, 1897, 1902.

Vedi infine la mia nota espositiva (*Rivista Critica di dir. e giur.* I, 2 pag. 52) e quella del *Bozzini* (*Corte di Appello* IV, 7 pag. 200), ambo alla sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 26 maggio 1903 (*Riv. Crit.* loc. cit.), e quella del *Barassi* alla sentenza della Corte di Appello di Napoli del 2 luglio 1900 (*Foro It.* 1900, I, pag. 564).

miche dello sviluppo sociale, portando con se le conseguenze indeterminabili della lotta, danno la condizione di nascimento a quei ritrovati, i quali tendano ad allontanare dagli industriali liberamente contendenti gli effetti malefici della lotta illimitata. Esaminando, infatti, tutte le definizioni presentate dagli scrittori, tra le infinite variazioni si troverà sempre esposto il concetto fondamentale dell'istituto: resistenza agli effetti della libera concorrenza con vantaggio dei coalizzati, quasi sempre a danno dei consumatori.

Questi effetti erano visibili anche in tempi ben lontani dai nostri, cioè nel periodo di formazione della economia capitalistica; ma soltanto oggi appariscono nella loro terribile imponenza sotto forma di crisi, dato l'enorme sviluppo delle comunicazioni, data l' introduzione sempre crescente della macchina. Vana fatica di storico è, adunque, quella di ricercare l' origine delle coalizioni moderne nel diritto romano, come tenta il *Menzel* (1); nè è accettabile l'opinione di quanti credono di rintracciarne il trattamento giuridico in qualche vecchia ed angusta disposizione di codici penali, i quali non potevano disciplinare le colossali società commerciali presenti, ma miravano a colpire i locali usurai ed gl' incettatori (2). In Italia si possono citare due disposizioni del Codice Penale, gli art. 293 e 326; ma, a prima vista, si scorge come esse abbiano tanto a vedere con i trusts, quanto l'*argentarius* romano con l'attuale scontista. L'art. 293 infatti, dispone:

« Chiunque col diffondere false notizie o con altri mezzi fraudolenti produce sul pubblico mercato o nella borsa di commercio un aumento o una diminuzione nei prezzi dei salarii, derrate, merci o titoli negoziabili sul pubblico mercato o ammessi nelle liste di borsa, è punito con la reclusione da tre a trenta mesi e con la multa di lire cinquecento a tremila.

« Se il delitto sia commesso da pubblici mediatori o da agenti di cambio, la pena è della reclusione da uno a cinque anni, della interdizione temporanea dei pubblici uffizii, estesa all'esercizio della professione, e della multa oltre le lire mille. »

E l' art. 326:

« Chiunque con false notizie e altri mezzi fraudolenti produce la deficienza o il rincaro di sostanze alimentari è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire cinquecento a cinquemila; alle quali pene è aggiunta la interdizione temporanea dai pubblici ufficii, estesa all'esercizio della professione, se il colpevole sia un pubblico mediatore. »

Ognuno scorge facilmente che i colossali *pools* e *trusts* americani,

---

(1) *Menzel* in Schriften des Vereins für Socialpolitik. LXI pag. 32 e seg.

(2) *Grunzel* op. cit. pag. 143 e seg.

i ferrei *kartell* austriaci non possono rientrare nella cerchia angusta della manovra fraudolenta, nel senso della legge penale, o della diffusione di voci false: non è manovra fraudolenta l'accordo di elevare simultaneamente i prezzi, di limitare la produzione, di regolare secondo norme determinate di tempo e di luogo il consumo.

Nè meglio utilizzabile potrebbe essere la disposizione dell' art. 165 Cod. Pen. « Chiunque con violenza o minaccia restringe od impedisce in qualsiasi modo la libertà dell'industria o del commercio è punito con la detenzione fino a venti mesi e con la multa da lire cento a tremila », perchè questa disposizione, colpisce la violenza e la minaccia direttamente od indirettamente esercitata, non l' esplicazione naturale della libera concorrenza.

Infatti, se a rendere impossibile la concorrenza che un industriale mi fa su di una piazza determinata, io riverso su questa uno stock di merce ad un prezzo inferiore al costo, io avrò economicamente mandato al fallimento il mio competitore, o lo avrò costretto ad accordarsi con me: ma questo mio atto è proprio il contenuto della libera concorrenza, non è la minaccia e la violenza dell' articolo 165 (1).

La credenza di poter rintracciare il regolamento giuridico delle coalizioni moderne in vecchie disposizioni legislative si fa sentire specialmente in Austria (2), ove la legge 7 aprile 1870, per la sua dicitura molto più ampia di quella usata nel nostro Codice Penale, offre maggiore illusione di applicabilità. Questa legge, dopo aver dichiarato punibile l' uso di mezzi violenti o fraudolenti da parte di coalizioni, dispone che quelle pene siano applicabili anche nel caso di coalizioni industriali dirette allo scopo di elevare il prezzo di una merce a danno del pubblico (§ 4). La giurisprudenza austriaca in una sentenza del 1898 ha dichiarato che l'accordo di più industriali per regolare la loro esportazione verso un dato paese estero, non rientrava nei limiti di applicazione della legge 7 aprile 1870, non avendo esso per iscopo l'elevamento dei prezzi in danno del pubblico. Ma il tribunale supremo cassò la sentenza, ritenendo applicabile la legge 7 aprile 1870. E questa giurisprudenza, aspramente criticata dal *Grunzel* (3), è stata confermata da nuove sentenze del 1899 e del 1900. Questo stato di cose e lo sviluppo grande che i kartell sono andati assumendo negli ultimi tempi, hanno spinto il governo austriaco a presentare un progetto di legge alla Camera dei deputati (4).

---

(1) *Barassi* op. cit. loc. cit.
(2) *Menzel* op. cit. loc. cit.
(3) Op. cit. pag. 148 e seg.
(4) Riportato dal *Grunzel* op. cit. pag. 173 e seg.

Anche in Francia si è propensi a riportare il trattamento giuridico dei trusts all'art. 419 Cod. Pen.

In Germania, come in Austria, la giurisprudenza è informata ad una forte ostilità verso i kartell; e v'hanno, in proposito, dotte decisioni (1). La discussione, però, si limita al trattamento civilistico del patto di partecipazione al kartell in riguardo alla clausola penale (2).

II.

Per tre vie diverse gli stati moderni sono intervenuti a regolare le coalizioni industriali: penalmente, civilisticamente e con provvedimenti di natura economico-amministrativi.

L'intervento penale è stato largamente sperimentato in America, ma con poverissimi risultati. Come si può mai pretendere di colpire i *trusts* affamatori, se essi, per la propria natura, sono il risultato di accordi che si attuano ora per ora, giorno per giorno; che si sentono nei mercati, nelle borse, e che non si mostrano mai sotto forma tale da provocare l'intervento penale? E quali pene comminare, che raggiungano, almeno in parte, l'intento? Se si comminano pene pecuniarie, l'effetto non sarà raggiunto, perchè il potente *trust* di speculazione pagherà ben volentieri tutte le più alte ammende, segnandole come spesa di amministrazione nel proprio passivo; se pene restrittive della libertà personale, sarà il giudice restìo ad applicarle, in guisa che esse colpiranno in rarissimi casi (3). È dunque da escludersi l'intervento penale, come misura del tutto inadatta al fine che si intende raggiungere.

L'intervento civile, o di diritto privato, finora è stato sperimentato sotto forma di annullamento del contratto, quando uno dei contraenti

---

(1) Reichsgericht 25 giugno 1890 e 4 febbraio 1897; Oberlandgericht di Dresda 19 settembre 1893; Oberlandgericht di Baviera 7 aprile 1888: Reichsgericht di Lipsia 4 febbraio 1897, citati del *Grunzel*.

(2) *Kohler* Die Ideale im Recht (Arch. für bürg. Recht V. pag. 218 e seg.; *Crome* System des deutsch, bürg. Recht II. pag, 214; *Dernburg* Das bürg. Recht II § 101.

(3) La forma generale dell'intervento penale in America trova la sua spiegazione in condizioni speciali. Infatti, proprio in America, il *trust* ha assunto forme violente di spoliazione bancaria: esso non assume quelle forme proprie dei *Kartell* di Europa, cioè di coalizioni più di difesa contro gli effetti della libera concorrenza, anzichè di violento e brutale accaparramento. In America si sperimentò in un primo tempo l'intervento civilistico, ma fu la pubblica opinione a sollevarsi ed a richiedere provvedimenti di rigore. Donde l'Interstate Commerce Act del 1887 e la legge federale del 1892. L'intervento penale, però, dà scarsissimi frutti e, come ognuno può direttamente constatare, non impedisce affatto il sorgere quotidiano di gigantesche coalizioni industriali.

lo avesse impugnato per causa illecita. Esso, come già s'intende, può esplicarsi sia col non riconoscore la validità dell'accordo, sia col negare al trust l'azione *ad adimplendum* verso quel consociato che si rendesse inadempiente. Ma neanche questa forma d'intervento, seguita specialmente in Germania ed appena accennata nella giurisprudenza italiana, raggiunge lo scopo. Infatti, se il diritto civile interviene soltanto al momento della lesione, cioè al momento in cui uno dei consociati al trust ne impugni la validità, oppure tutti i consociati convengano in giudizio chi tra essi non voglia rispettare i patti della coalizione; è chiaro che l'intervento di diritto privato sarà ridotto ad una limitatissima applicazione, e colpirà quei pochi *trusts* i quali, per il fatto del disaccordo tra i consociati, mostrano di essere già destinati ad una prossima rovina, e quindi di non poter più essere nocivi. Ma tutti gli altri — quindi quelli potentissimi di assalto alla produzione od al consumo — quelli vivranno tranquillamente, e la legge non troverà modo d'intervenire.

Resta adunque la terza forma di intervento; quello cioè che lo stato esplica con provvedimenti di natura amministrativa, come si esprime il *Menzel* (1): o meglio, politico-economici, come aggiunge il *Grunzel* (2). Questo intervento consiste nella creazione di tutto un sistema amministrativo riguardante le coalizioni industriali; un sistema che va dalla pubblicazione degli statuti, alla concessione e riconoscimento da parte dello stato.

Per effetto di tale pubblicità, le autorità possono seguire l'azione del *trust* e colpirlo sia con provvedimenti che riguardano la determinazione dei prezzi (3), sia riservandosi il diritto di riconoscere il trust, quando glie ne siano resi noti gli scopi. Questi provvedimenti sono stati ventilati e largamente esaminati innanzi al Parlamento austriaco, discutendosi il progetto di legge sui *kartell.*

Un' altra forma d' intervento politico - economico, è quella di abbassare istantaneamente le tariffe daziarie di protezione, e così schiacciare il *trust* con l'introduzione immediata di merce straniera a beneficio dei consumatori. Ciò si riscontra nella legge daziaria del Canadà del 29 giugno 1897: essa da facoltà al governatore, il quale sappia di un *trust* che mantenga artificialmente alti i prezzi, di adire il giudice perchè, dopo una inquisizione sommaria sull'esistenza e sugli effetti disastrosi del trust, ordini l'abbassamento o la soppressione del dazio di protezione sul genere del quale il *trust* ha artificialmente elevato il prezzo.

---

(1) Op. cit. pag. 44.
(2) Op. cit. pag. 159.
(3) *Liefmann* op. cit. pag. 194.

III.

Volendo, ora brevemente esaminare, quale possa essere l' atteggiamento del nostro diritto positivo verso le coalizioni industriali, occorre a parer nostro, determinare con precisione le condizioni nelle quali le coalizioni industriali interessano il diritto. Le ipotesi possono essere varie, e, se ben distinte tra loro, dovranno, a parer nostro, orientare meglio la legislazione innanzi all'imponente fenomeno economico.

Le coalizioni interèssano il diritto per tre diverse direzioni: nei rapporti di diritto privato tra i coalizzati fra loro; nei rapporti sempre di diritto privato fra il trust ed un non coalizzato; nei rapporti di diritto pubblico fra il trust e la massa dei produttori, consumatori e lavoratori ad esso estranei.

Prima ipotesi.

È quella che ha dato occasione alla giurisprudenza di pronunziarsi sulla causa lecita od illecita della coalizione. Il caso è il seguente: più produttori si riuniscono allo scopo di rialzare i prezzi dei loro prodotti. Essi, quindi, si coalizzano in società regolare o di fatto e stabiliscono di non vendere al disotto di certo prezzo, di limitare le rispettive produzioni, di schiacciare su determinati mercati qualche concorrente che, per essere rimasto estraneo all' accordo, impedisce loro il rialzo dei prezzi. Tutti si obbligano a rispettare tali patti sotto la comminatoria di una penale in caso di inadempienza da parte di qualche consociato. Or accade che uno dei contraenti viene meno ai patti. Convenuto per i danni ed interessi dal trust, egli eccepisce la nullità della obbligazione per causa illecita.

Questo caso, il solo che sia apparso nel campo pratico della giurisprudenza, ha tutta l'apparenza di grave importanza nella questione; ma, a parer nostro, è il caso meno grave che dal trust possa generarsi. Se si pensi, infatti, che in migliaia di trust costituiti nell' ultimo decennio, soltanto in due o tre volte la giurisprudenza italiana francese e tedesca è stata chiamata a giudicare, si concluderà che questa prima ipotesi è di gran lunga meno importante delle altre due. Infatti la rarità del caso giuridico dimostra che i coalizzati tra loro, costretti a pensare ai proprii interessi, allorchè avranno stipulato degli accordi contrarii al buon costume per raggiungere il poco lodevole intento di un guadagno repentino e smodato a danno della società, non si accapiglieranno in lotte intestine.

Ad ogni modo, è questa la ipotesi che ha dato origine al dibattito sulla liceità dei trust, e noi, pur riconoscendo in essa una importanza limitata, non possiamo ricusarci di discuterla.

La Corte di Cassazione di Torino (1) e meglio ancora la Corte di appello di Napoli (2), riportandosi al fondamento della nostra economica a capitale, la libera concorrenza, molto semplicisticamente osservava che, se dal lato del moralista ogni specie di coalizione, anche se a scopo monopolistico, era riprovevole, ciò non poteva affermarsi nello stretto campo del diritto. Notava la Corte che l'art. 1104 riguardante il requisito di una causa lecita per obbligarsi, era troppo generico per contenere il divieto di simili associazioni.

Questo concetto è segito ciecamente dal *Barassi* (3). Incerto è il *Bozzini*, il quale esclude in genere la illiceità dei sindacati ed invoca il rigore della legge nei casi strani di mene subdole od inique da essi poste in essere.

La Corte di Cassazione di Napoli (4), invece, ripetendo una opinione espressa dal *Jannet*, dal *Babled* e ripetuta dal *Marghieri*, procede ad una distinzione tra coalizioni lecite ed illecite. Delle prime, dette coalizioni di difesa, si portano od esempio i *kartell* tedeschi: quelle associazioni, cioè, sorte allo scopo di infrenare i danni della libera concorrenza, sia mantenendo alti i prezzi, sia limitando ai singoli produttori or la produzione, or il territorio di consumo; delle seconde si portano ad esempio i *trusts* americani, cioè quelle potenti coalizioni destinate a dominare, in un dato momento, il mercato, al solo fine di avvantaggiare col danno della generalità le ditte consociate.

Nella pratica riesce quasi sempre impossibile determinare i limiti tra coalizione di difesa e coalizione di monopolio o di sfruttamento, perchè il sindacato di difesa contro una concorrenza fatale per l'industria in fondo non è che una consociazione diretta ad impedire la libera concorrenza.

Chi vedrà mai dove la difesa cessa, e dove l'assalto illecito incomincia? chi potrà mai dire se l'istituto di difesa, per riuscire nell'intento, non debba esercitare atti impliciti di monopolio, e quindi ostacolare la libertà industriale? Ecco perchè noi non crediamo troppo alla fondatezza di questa opinione, la quale più che sostanza, ha apparenza di verità. Ciò non toglie però, che essa debba essere accettata preferibilmente alla prima opinione, dichiarante la incondizionata liceità delle coalizioni. Si ponga il caso di un trust, del quale si giunga a provare il seguente scopo: rialzo fittizio dei prezzi in un dato territorio; fallimento dei non consociati per mezzo

---

(1) 31 Dicembre 1885 nel *Foro It.* 1886 Repert. v. *Società* n. 8.

(2) 2 Luglio 1900 *ibid* 1901, pag. I, pag. 68.

(3) loc. cit.

(4) sent. cit. in *Rivista Critica* ecc.

di manovre di borsa e di lotta a base di merci vendute a prezzo mitissimo — si ponga il caso di un trust fra produttori di grano allo scopo di elevarne il prezzo mediante il totale accaparramento del genere in una data regione — ebbene, chi potrà negare che tali contratti sia nulli per illiceità della causa, giusta il disposto del nostro diritto scritto? Si ricordi per un momento il trust americano del petrolio: esso rappresentò la produzione di oltre 3000 estrattori raccolta nelle mani di uno solo. Ed in tal caso, si domanda, è lecito che un solo individuo, un capo solo possa disporre *ad libitum* della vita, delle sostanze, del sostentamento di migliaia e migliaia di uomini?

Però (pur accettando noi allo stato delle cose la detta distinzione), ognuno facilmente scorgerà quanto essa sia di poco pratica efficacia. Ed invero, perchè un trust pericoloso per la società possa essere dichiarato tale e frustrato nei suoi effetti, occorre che la discordia sorga sul campo dei coalizzati e che uno di essi impugni la validità del patto. Ma quando si pensi che una tale eventualità non si presenterà mai nei trust bene organizzati, bene riusciti e, quindi, veramente pericolosi; mentre si presenterà nei trust mal riusciti e prossimi a cadere — si vedrà a colpo d'occhio che il trattamento di indole civilistica dei trust, per essere limitato ai soli rapporti tra coalizzati, sia di nessuna importanza.

Seconda ipotesi.

Quali rapporti di diritto civile possono sorgere tra un terzo estraneo colpito dalla coalizione e la coalizione istessa? Ecco una ipotesi nuova della quale — per quanto è a nostra notizia — nessuno si è occupato. In altri termini, potrebbe un terzo, in date condizioni di fatto, agire per risarcimento di danni contro un *trust*? Poniamo il caso di una coalizione formata tra produttori di un certo genere industriale allo scopo di evitare la concorrenza altrui, di mantenere il prezzo ad una certa altezza e di regolare la produzione. In un dato momento, sorge un industriale ed imprende la medesima lavorazione. Invitato a partecipare alla coalizione, egli si rifiuta, perchè ben sa di poter vendere molta merce ad un prezzo per lui sempre rimuneratore, sebbene inferiore a quello determinato dal *trust.* E poichè questo concorrente libero, da solo, rovina gli affari della coalizione, questa si decide a muovergli guerra: o attrarlo, o distruggerlo. Ed a conseguire lo scopo, i coalizzati stabiliscono di gettare a fondo perduto sul mercato di quell'industriale una quantità di merce con un prezzo inferiore persino a quello di costo.

In tal modo i coalizzati avrebbero destinato una parte del loro patrimonio a perdita, pur di schiacciare il concorrente; il quale, dopo accanita resistenza, è spinto al fallimento.

Potrà, in tale caso, costui agire per danni ed interessi contro il *trust*? potrà egli dimostrare che il *trust* lo ha danneggiato volontariamente, usando mezzi atti a produrre il danno? potrà egli poggiarsi alla disposizione dell'art. 1151 cod. civ., in virtù del quale « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno? » potrà egli dire che l'accordo tra i coalizzati era immorale, appunto perchè tendente a rovinarlo?.

A sostegno della opinione affermativa si potrebbe osservare che, dato il concetto di colpa nel nostro diritto e dato il concetto sempre più dominante secondo il quale l'uso nocivo del proprio diritto e della proprietà produce risarcimento del danno, dovrebbe essere data azione al terzo che sia stato condotto al fallimento della pressione del *trust*.

A noi, però, una simile opinione non pare accettabile. La nostra economia a libera concorrenza porta con se inevitabili conseguenze. Il danno del caduto rappresenta la fortuna del vincitore, e tutta la vita del commercio a capitale privato non rappresenta se non lo studio di arricchire a danno di altro che impoverisce. Ogni industriante, che con la concorrenza ne schiaccia un' altro, è in colpa: ma questa non è la colpa, istituto giuridico: quest' è invece il fondamento imprescindibile della economia che si svolge con sistema di libera concorrenza. Dato questo sistema, quello della lotta commerciale ne diventa la conseguenza; ed è appunto questa lotta che porta con sè caduta, danno e rovina. Il diritto moderno in questo campo di lotta vieta soltanto l' uso di una determinata arma: quella che si chiama concorrenza sleale, cioè appropriazione di segni, marchi ecc. Ma questo divieto non è inspirato dalla necessità di colpire gli effetti della libera concorrenza, sibbene dalla necessità di colpire la indebita invasione nel campo del diritto altrui: cioè il diritto al marchio di fabbrica, segno, ecc.

Quindi anche, in questa seconda ipotesi, la coalizione industriale non può essere, neppure indirettamente, regolata civilisticamente.

Terza ipotesi.

Resta l'ipotesi dell'intervenuto di diritto pubblico tra la coalizione industriale e la società: ipotesi di ampia e sicura applicazione. Ed infatti, se la coalizione è un fenomeno economico, esso può essere seguito e regolato da quella espressione giuridica che più si attaglia a rapporti generali, che più si adatta ad esigenze del momento: il diritto pubblico. E non per mezzo di pene, ma per mezzo di regolamento dovrà l' autorità dello stato intervenire. Il diritto pubblico, infatti, si cangia di momento in momento, a seconda che il fenomeno economico va mutando di natura: e poichè le coalizioni indu-

striali non sono altro che un prodotto della libertà contrattuale applicata alla economia capitalistica, soltanto il diritto pubblico, svolgentesi e modificantesi secondo il grado di pressione da parte delle classi di interessi umani, potrà intervenire. Allorchè il capitale, nella sua espansione di forza privata, non soffre ostacoli da parte degli altri uomini, come pretendere dal diritto pubblico un infrenamento alle coalizioni? Sarebbe assurdo il pretenderlo, come assurdo è negare la legge di causalità. Infatti, se la economia a capitale privato resta la norma fondamentale che detta tutto l'orientamento del diritto pubblico, qualunque forza contraria intesa a scuoterne le conseguenze non potrà aver campo di azione e di sviluppo. E quindi il trust, fenomeno direttamente coordinato ai vigenti principii fondamentali della vita economica, non potrà trovare infrenamento, specie da parte del diritto pubblico. Ma, non appena, altre forze della società umana contrastano la via alla economia capitalistica, allora ben si comprende come il diritto pubblico intervenga ad infrenare le coalizione nell'interesse dei consumatori.

Queste considerazioni trovano la loro riprova nel fatto che la giurisprudenza di diritto privato e la dottrina civilistica poco si occupano del problema: esse sono impotenti, rinchiuse come sono nel dilemma della causa lecita od illecita. E negli stati, ove maggiormente le coalizioni sotto forma violenta imperversano, l'infrenamento si opera mediante rapporti di politica interna, mediante regolamento di tariffe daziarie. Questo è il concetto che prevale innanzi al parlamento austriaco e dovrà necessariamente prevalere negli altri paesi di Europa.

E questo concetto troverà un campo sempre più esteso di applicazione a seconda della pressione che le forze anticapitalistiche eserciteranno sul diritto privato ed, ancora più, sul diritto pubblico del mondo civile.

PROF. E. SALVIA

—

DI UN CASO DI RETICENZA IN RIASSICURAZIONE

La giurisprudenza italiana ha avuto recentemente occasione di decidere, per la prima volta, se l'assicuratore che riassicuri per intero il rischio assunto, senza dichiarare al riassicuratore di essersi discaricato così della sicurtà, commetta una reticenza atta ad annullare il contratto (art. 429 Cod. di Com.) Rettamente, secondo noi, ha ritenuto che trattisi di esame di specie, ed ha esclusa, genericamente, la nullità (1).

Giova esaminare i concetti, in base ai quali va considerato il punto questionato — che interessava ed interessa vivamente il ceto degli assicuratori.

Come è noto — e fu dichiarato dai classici giureconsulti di diritto marittimo « *assicurator post factam assecurationem potest se assecurare « facere ab alio assicuratore et iste secundus assecuratus tenetur pro « assecuratione facta a primo et ad solvendum* OMNE TOTUM QUOD « PRIMUS ASSECURATOR SOLVERIT, *et ista secunda assecuratio valet* (Casaregis, Disc. 1° n. 67 pag. 5 ediz. del 1740).

E l'Azuni nel suo *Diz. Univ.* (vol. 4 voce *Riassicurazione*) dichiarava « *la riassicuranza è un contratto mercè il quale l'assicuratore mediante un certo premio stipulato si scarica sovra un altro dei rischi « marittimi dei quali si era reso responsabile, ponendo in suo luogo e « vece il suo riassicuratore, benchè per altro continui ad esser tenuto « verso il primitivo assicurato.* »

Storicamente, adunque, la riassicurazione sorse come modo di discaricarsi dell'intiero rischio assunto. Siccome però il discaricarsi del rischio assunto può essere cagionato da notizie influenti sull'opinione del rischio, ammoniva l'Azuni che è d'uopo che le operazioni *siano appoggiate alla buona fede.* E ciò molto più quando si consideri che,

---

(1) Sentenza 24 luglio 7 agosto 1901 della Corte di Appello di Napoli. Sentenza 3 marzo 1902 della Corte di Cassazione di Napoli. V. DIRITTO COMMERCIALE n. 1901 pag.

V. pure nota del Vidari (Rivista di Dir. Intern. fasc. VI-VII n. 1902. Revue Intern. de Droit. Marit. 1901 n. I-IV).

d'ordinario, come l'Azuni stesso attesta « *è introdotto universalmente* « *l' uso di stipulare nelle polizze di riassicuranza, che in caso di sini-* « *stro il riassicurato non sia tenuto ad altro che a mostrare al rias-* « *sicuratore la quietanza del pagamento della perdita* (loc. cit.).

Ispirandosi a queste preoccupazioni, il Vivante (vol. 2° n. 97) affermava caso di reticenza il fatto del riassicurato che dissimula di aver ceduto per intero il rischio già assunto. Ecco le parole, dell'illustre scrittore:

« *Più grave di tutto, come quella che nasconde quasi sempre un' in-* « *sidia pel riassicuratore, è la reticenza del riassicurato che dissimula* « *di aver ceduto per intero il rischio assunto.* Qui trattasi veramente di « una circostanza eccezionale, perchè nell'esercizio normale di questa « industria l' assicuratore partecipa al rischio, e conservandone una « parte per sè dà le migliori garanzia della scelta prudente degli af- « fari. Quando cerca di liberarsene per intero vi è un gran sospetto « che la sua scelta sia stata cattiva, o che il rischio si sia aggra- « vato nel tempo che scorse fra la domanda di assicurazione e quella « di riassicurazione, o che addirittura era accaduto il sinistro. Finchè « l' assicuratore è interessato nell' affare vi è una serie presunzione « che si adopererà a liquidare il danno, in caso di sinistro, anche a « vantaggio del riassicuratore, che ha un interesse comune al suo. « Se riversa sul riassicuratore tutto il rischio, è giusto il timore che « egli abbia fatto una di quelle tristi speculazioni così frequenti « oggidì »...

Il Lanza, poi, in un opuscolo edito in occasione della lite di sopra accennata, riconfermava che si versi in tema di reticenza ed invocava le tariffe adottate da varie Compagnie di assicurazioni, le quali segnano premi più elevati allorchè si assume l' intero rischio coperto dal primo assicuratore.

La giurisprudenza estera (francese e tedesca) è in massima propensa ad escludere la reticenza, (C. Fr. 14 dic. 1880 in Dalloz 1881, I, 164 — Trib. Sup. Impero Ted. 14 dic. 1878 - *Entscheidungen* XXIV p. 392).

Ora la nozione della reticenza, ben valutata, pone chiaramente in sodo che la questione è tutta di specie, di caso, sicchè non possa formularsi alcuna norma generale in proposito.

Quell'errore sulla sostanza della cosa che è oggetto del contratto— errore che a norma dell'art. 1110 del cod. civ. produce la nullità del vincolo giuridico — è la base della disposizione dell' art. 429 Cod. di Com. il quale definisce la reticenza. La teoria dell'art. 429 — scrive il Vivante — non ha nulla di eccezionale; essa coincide con la teoria dell' errore sostanziale consacrata dal Cod. Civ. Se, non contento di riferirsi a questo principio, l'art. 429 accenna alle dichiarazioni false

ed erronee, nonchè alle reticenze dell'assicurando, si è perchè, a differenza di altri contratti, esse bastano generalmente a trarre in inganno l'altro contraente.

Questo concetto si rileva anche dai lavori preparatorii del Cod. di Comm. (Relaz. Comm. Parlamentare n. XXVII) nei quali si legge « Non « si deve dubitare che, contro i principii regolatori in materia con« trattuale, si intenda di nessuna efficacia il contratto per qualunque « specie di errori, imperocchè nello stesso articolo (429) è mantenuta « la dichiarazione che l'errore per esser causa di nullità dev' essere « di tale natura, che il contratto non avrebbe avuto luogo o non « avrebbe avuto luogo alle stesse condizioni, se l'assicuratore avesse « conosciuto il vero stato delle cose. »

In conseguenza, può parlarsi di reticenza sol quando siano celate circostanze atte ad influire sull' opinione del rischio, cioè tali che, non comunicate, abbiano indotto in errore l'assicuratore circa l'entità, l'importanza e la gravezza del rischio assunto (1). Ove, invece, non concorrano questi elementi, il silenzio è innocuo, e non può produrre il vizio del consenso e la nullità del contratto.

Si apre perciò un'indagine di fatto, in caso di riassicurazione nella quale il riassicurato siasi discaricato della totalità del rischio senza dichiararlo.

Fu indotto egli a liberarsi di tutta la sicurtà perchè questa per notizie risapute offriva pericoli ignoti al riassicuratore? Ed allora la nullità è evidente; ma non deriva essa dal fatto di non aver l' assicuratore dichiarato di disinteressarsi per intero dal rischio, sibbene dal fatto di aver celate al riassicuratore quelle circostanze le quali rendevano più grave il rischio ed inducevano a discaricarsi di esso. Il dichiarare di correre o no una parte del rischio è estremo per sè indifferente: può avere importanza il motivo pel quale si volle discaricarsi di esso, in tutto od in parte. Se la ragione consistette appunto nelle risapute notizie aggravanti l'opinione del rischio, la riassicurazione non solo totale, ma anche per una parte del valore, è nulla per vizio di reticenza. Se niente può apporsi al riassicurato, se questi comunicò al riassicuratore tutte le circostanze atte a dare la giusta opinione del rischio, così come ebbe egli a formarsela — non sarebbe giusto nè rispondente ai principii ritenere un vizio di consenso ed un errore su di una circostanza, con o senza la quale il rischio stesso fu potuto esattamente valutare nella sua essenza e nelle sue contingenze.

---

(1) V. Vivante. Vol. 1.° pag. 151 e gli scrittori antichi e moderni — in ispecie Pothier (Ap. cap. 3° sez. 3ª). Baldasseroni (ass. vol. 1° pag. 400) etc.

A noi pare che anche il Vivante, in fondo, acceda a questa opinione, sebbene nella forma apparisca propenso a ritenere la reticenza. Egli, infatti, incomincia col dichiarare grave caso di reticenza *come quello che nasconde quasi sempre un' insidia*, quello del riassicurato che si discarica per intero del rischio senza dichiararlo. Conclude poi, notando che non trattasi di caso inflessibile di decadenza, tutto essendo rimesso al prudente criterio del giudice. In altri termini, anche per l'illustre scrittore il fatto dell'assicuratore che riassicura per intero senza dichiarare il proprio disinteressamento ha rilievo, *perchè quasi sempre cela una insidia.*

Or se è così, è certo che neppure secondo il Vivante può dirsi in sè e per sè caso di reticenza annullante il contratto il non dichiarato disinteressamento dal rischio, ma la eventuale causa o motivo di esso, cioè la scoperta di circostanze alteranti l' opinione del rischio, celate al riassicuratore, e che abbiano originata la riassicurazione. L' equivoco di forma per ciò è evidente, e fa ricordare quello di colui che diceva che il grano gli dava capogiri e stordimenti di testa quando però v'era mescolato del loglio. Ed era il loglio, in buona sostanza, e non il grano, quello che produceva il danno.

Riassumendo perciò noi riteniamo che, conformemente alla natura ed indole del contratto di riassicurazione, e salvo patto espresso, possa l'assicuratore discaricarsi della totalità del rischio, senza dichiararlo e senza dar luogo a vizio di nullità per reticenza.

È eccettuato, beninteso, il caso di risapute notizie alteranti l'opinione del rischio, nella quale ipotesi la riassicurazione sarebbe, per tale causa, annullabile, o che fosse conclusa per la totalità o per una parte sola del rischio assicurato.

RECENSIONI E BIBLIOGRAFIE

Achille Loria — *Il movimento operaio* (Origini, forme, sviluppo) — Remo Sandron, Palermo 1903.

Come l'autore dice nella prefazione, questo libro rappresenta uno scritto di volgarizzazione sul fenomeno assolutamente contemporaneo del movimento operaio.

In una prima parte si fa la storia del movimento unionista, dei suoi scopi e dei suoi metodi, della sua efficacia. Qui l'autore tratta le più palpitanti questioni del giorno, come quelle che si riferiscono alla varietà ed efficacia degli scioperi, allo sciopero degli impiegati dello stato, alla personalità giuridica delle leghe di resistenza e camera di lavoro, all'elevamento del salario, alla riduzione della giornata di lavoro.

In una seconda parte illustra la cooperazione, come mezzo per assurgere al lavoro indipendente; e ne fa brevemente la storia. Il Loria dimostra la limitata efficacia delle cooperative unioniste ed autonome di produzione ed invece addita il maggior successo economico-morale delle cooperative socialiste. Guarda con simpatia il movimento cooperativista, ma non si crea illusioni sulla sua vera portata, dimostrando come l'ambiente capitalista uccida in sul nascere o snaturi fatalmente le cooperative.

Infine nella terza parte il Loria ha poche ma inspirate pagine sul movimento socialista, come movimento operaio di natura politica. Dimostra che il movimento socialista emana dall'unionismo e spunta nell'istante in cui la riduzione dei profitti al minimo e la disintegrazione dell'economia capitalista rende vano il movimento unionista a migliorare le sorti del lavoratore: ecco perchè in Inghilterra (dove la meta dei profitti si mantiene al disopra del minimo) il movimento unionista abbia sviluppo massimo ed il socialismo operaio sia appena nascente. L'autore conclude l'interessante e vivace scritto attribuendo al moderno movimento operaio una funzione di pace, di civiltà e di affrancazione umana.

a. l.

M. Sarfatti — *La nozione del torto nella dottrina e nella giurisprudenza inglese* — Società editrice Libraria, Milano 1903.

Piccolo volume nel quale sono raccolti in forma modesta di catalogo i principii che informano la legislazione e la giurisprudenza inglese sul concetto e sul contenuto dell' *ingiuria*, antitesi del concetto di *diritto*. Il lavoro è utile per il materiale diligentemente raccolto.

a. l.

M. G. V. Scherer — *Principales differences entre le code Napoléon* (1804) *et le code Guillaume* II (1900) — Paris, Larose, 1903, pag. 85.

È un libro chiaro ed elementare, che assai utilmente, seguendo l' ordine del codice francese, segna le differenze tra questo ed il codice germanico, che l'autore dice doversi intitolare dal nome di Guglielmo II, come il codice francese porta meritamente quello di Napoleone I. Lo scopo dell' autore, di rendere facile a tutti l' orientarsi tra i titoli e gli articoli o i paragrafi dei due codici e di porre dinanzi a tutti la questione di sapere, volta per volta, quale sia nei due codici la disposizione preferibile, tra quelle date per la stessa materia, è certamente raggiunto.

v. g.

Avv. Alfredo Foligno — *La domanda di proroga del termine per le prove testimoniali nel procedimento civile* — Firenze, G. Ramella e C., 1902, pag. 22.

Con buona esegesi e larga esposizione della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza, l'autore dimostra che per chiedere la surroga del termine delle prove testimoniali nel procedimento civile (art. 246 cod. proc. civ.), non occorre la formalità della citazione, bastando che la domanda venga fatta all'udienza fissata, alla quale la controparte ha possibilità legale di comparire e di opporsi: non occorre la presenza di questa, se, avendone le possibilità, non è venuta a contestare le conclusioni, che nell' ambito della esecuzione della prova testimoniale poteva aspettarsi: occorre in ogni modo reclamare entro tre giorni. Ciò perchè dalla certezza del provvedimento dipende il seguito dell'istruttoria e quindi di tutto il giudizio.

v. g.

Avv. Alfredo Foligno — *L'assolutoria dall'osservanza del giudizio civile* — Firenze, G. Ramellla e C., 1903, pag. 128.

Libro pratico, scritto con l'ausilio dei comuni scrittori nostri di diritto giudiziario civile e della nostra giurisprudenza, ma chiaro ed ordinato. L' argomento è importante e poco curato. Secondo l' autore « tutte le volte che un qualsiasi ostacolo si frappone al regolare proseguimento del giudizio, sì che il magistrato, senza pronunziare in merito, e annullando quanto del merito si fosse eventualmente esaminato, è costretto a liberare le parti dal rapporto derivante dal giudizio, lasciando impregiudicata l'azione iniziale di esso, vi è assoluzione dell'osservanza del giudizio, qualunque specie di causa si tratti (pag. 16). » L' uso della formula fatta dal legisiatore all' art. 381 c. p. c. pel caso della contumacia dell'attore non escluderebbe l'applicabilità ad altri casi « pei quali l' equità lo consiglia e la legge non l' ha proibito (pag. 29). » L'assoluzione dell'osservanza del giudizio si distinguerebbe: a) da quella pronunziata *allo stato degli atti* « la quale evidentemente non è negli effetti che un'assoluzione dalla osservanza del giudizio pronunziata dietro la insufficienza delle prove dell'attore, e perciò dopo e in base a un esame di merito: ciò che contraddice fondamentalmente al carattere di quest'ultima (pag. 31); » b) e dall' *ordine di maggiore istruzione della causa*, che « non

pone fine al giudizio, ma viene emesso nel corso di esso (pag. 33). » Tre diverse specie di cause darebbero luogo alla assolutoria dall' osservanza del giudizio: 1) volontà delle parti: l'attore è volontariamente contumace, o rinunzia agli atti del giudizio, sia espressamente col recesso, sia tacitamente colla perenzione; 2) legge: quando in essa sono stabilite « regole fisse pregiudiziali ed essenziali ad ogni giudizio, sia riguardanti la competenza del giudice adito, sia riguardanti la veste giuridica delle parti in causa, la loro capacità a stare in giudizio ecc. (pag. 63); » 3) circostanze speciali della causa: quando si inizia un'azione per un pagamento prima della scadenza del credito, o senza che si sia verificata quella tal condizione, per cui solo l'esercizio dell'azione può essere aperto (pag. 64). » Parla poi diffusamente l'autore dei principali casi riassunti sotto le dette categorie, e, in apposito capitolo, dell'assoluzione dall'osservanza del giudizio rispetto al caso di insufficienza di prove.

V. Galante

V. Mori — *L'azione di paternità naturale* — Milano, Società editrice libraria, 1903, pag. 235.

È un libro di sola esposizione, ma chiara, completa, serena della questione della ricerca della paternità, oggi di grande attualità in seguito al disegno di legge sull'ordinamento della famiglia presentato alla camera, nella seduta del 26 novembre 1901, dal presidente del consiglio dei ministri on. Zanardelli e dal ministro di grazia e giustizia e dei culti on. Cocco-Ortu. L'autore fa la storia della condizione dei figli naturali nel diritto antico e nel diritto moderno: esamina le leggi che ammettono la ricerca della paternità (diritto inglese, germanico, baltico, austriaco, norvegese, turco, di molti stati di America, di parecchi cantoni svizzeri) e quelle che la negano (diritto francese, belgico, olandese, italiano, portoghese, russo, ispanico, di Valais, di altri stati americani): indica il numero dei figli illegittimi (corredando, in appendice, il suo libro di numerosi prospetti statistici), l'assistenza data a costoro, le ragioni del sistema della paternità naturale in confronto di quello della maternità, il movimento scientifico e quello legislativo al riguardo: rileva che se le disposizioni contro l'azione di paternità sono stabilite non in odio dei figli naturali, ma in odio *parentum et in favorem matrimonii* e per la grande difficoltà di scovrire il padre naturale, oltre che per i danni e gli scandali di questa specie di azione, non consta che dopo il codice le donne sieno diventate più caste, mentre è certo che per covrire di un velo tutti i fatti scandalosi bisognerebbe chiudere il codice penale e sopprimere anche alcuni articoli del codice civile. Riassume infine i limiti per l'opportuno funzionamento dell'istituto della ricerca della paternità. Accenna qua e là alla questione dei danni accordati alla donna resa madre, e agli stretti legami dell' azione all'uopo concessa, rispetto a quella di paternità data ai figli.

V. Galante

Luigi Cerilli — *La legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni* — Rimini, Capelli, 1903, pag. 84.

Pubblica i disegni di legge del ministero e della commissione della camera dei deputati, quello approvato dalla camera dei deputati e l'altro approvato

dal senato. Pubblica poi la legge 29 marzo 1903 n. 103, con brevi note ed osservazioni per ordine di articoli.

v. g.

Giovanni Dattino — *L'eredità al cadavere* — Salerno, Tipografia del commercio, 1903, pag. 15.

Sotto questo titolo, almeno non bello, ma con bella forma e larghi riferimenti di dottrina, l'autore svolge in breve monografia la vecchia e sempre *vexata quaestio* di sapere a chi spetti il diritto di dare il sepolcro ad un defunto.

Fatta debita lode al Pranzataro, il quale, meglio degli altri che lo hanno preceduto ha discusso la questione, nel suo libro *Il diritto di sepolcro* (Torino, Unione tipografico-editrice, 1895), accede alla stessa opinione, perchè « il principio di diritto regolatore della materia è semplice: *la prova dell'affetto maggiore che in chiunque altro verso il defunto.* » Tutto il resto, dice l'autore, è questione di fatto; « ed una riprova di ciò si desume dalla considerazione, che la giurisprudenza italiana, pur facendo inutile sfoggio di principii giuridici, ha concesso o negato al marito il diritto al cadavere della moglie, a seconda che, in linea di fatto, il coniuge superstite mostrava o pur no di essere, fra gli altri, il più affezionato alla memoria della defunta ».

v. g.

Luigi Raggi—*L' emigrazione italiana nei suoi rapporti col diritto,* — S. Lapi editore, Città di Castello, 1903, pag. 95.

È, come dice lo stesso autore, un saggio sistematico sulla materia, con speciale riguardo ai concetti informatori della recente legge nostra del 31 gennaio 1901 e del regolamento relativo del 10 luglio 1901. Il fenomeno sociale dell'emigrazione si dice consistere « nel passaggio volontario di un numero qualunque di individui residenti in uno stato nel terrritorio di un altro stato, o in quello di una colonia o possedimento del primo stato, coll'intenzione di risiedervi per un dato periodo di tempo, esercendo e impiegando ivi le proprie forze di produzione e di consumo, attendendovi cioè ad una data industria, professiene, arte, commercio o mestiere, o vivendo a carico o insieme ad altro individuo che attende appunto ad una delle accennate applicazioni. » Distinte le forme di emigrazione, l'autore passa a trattare delle cause di essa (le quali, escluse oggi quelle politiche e religiose, risiedono soltanto in rapporti fisici od economici) e degli effetti che produce. L' emigrazione italiana non ha altre cause che le economiche. Ma per gli emigranti la scienza può ripetere il verso di Lucrezio, ricordato dal Duval: *et quasi cursores vitai lampada tradunt.*

« Il fenomeno dell' emigrazione può essere considerato tanto dall' attività statuale che ha per mira il mantenimento dell' ordine e del diritto nei consociati, quanto da quella che ha per iscopo di intervenire nei rapporti sociali, coordinando il diritto d'impero, di cui detta attività dispone, con un loro sperato miglioramento e una loro divisata tutela e direzione ». Sotto il primo punto di vista l' autore accenna alle questioni che si riferiscono alla

perdita e al riacquisto della cittadinanza negli emigranti, al servizio militare degli emigrati e dei figli degli emigrati, alla protezione giuridica degli emigrati all'estero che conservano ancora lo stato di cittadinanza, alla sfera di libertà che lo stato può e deve concedere al singolo che vuole emigrare. Sotto il secondo punto di vista tratta invece se lo stato deve promuovere e sussidiare l'emigrazione, se sia lecita o meno una ingerenza dello stato nella stipulazione dai contratti di trasporto dell' emigrante dal paese di origine al paese di destino e nello stabilire in qualche modo il prezzo del trasporto, come possa lo stato prestare all'emigrante, nei paesi di destino, una speciale assistenza riguardante sia la persona che gli averi. E vorrebbe come principio da applicarsi agli emigranti che «l'imprenditore di una qualunque industria unitamente ai vantaggi che ne ritrae deve subirne tutte le conseguenze, e quindi riparare, in modo prefisso e limitato, i danni che dalla stessa, talora anche senza sua colpa, provengono ai terzi con cui è venuto in relazione in occasione dell' industria medesima, specialmente quando questi terzi si trovino in posizione economica tale per cui il danno risentito riuscirebbe loro irreparabile, e li renderebbe meritevoli di pubblico soccorso.» Frasi invero troppo vaghe ed imprecise per il ponderoso problema a cui accennano. Studia infine sommariamente come la recente legge italiana abbia disposto intorno a tutte le cose cennate.

v. g.

Bruno Lattes — *La procedura del divorzio* — L. Zoppelli editore, Treviso, 1903, pag. 61.

È una prelezione ad un corso sui procedimenti speciali tenuta nella università di Padova. Consiste in un accurato esame delle disposizioni strettamente processuali in tema di divorzio vigenti nei diversi tempi e nei diversi paesi, per arrivare poi a quelle contenute nel recente progetto di legge Zanardelli-Cocco-Ortu e nell'altro dei deputati Berenini e Borciani. Chi scrive non divide la opinione dell'autore, che è divorzista (Vedi Galante, *Il divorzio e le riforme alla legge sul matrimonio*, Napoli, Priore, 1903); ma è d'accordo con lui nel ritenere che, stabilito il divorzio, volere che la procedura per ottenerlo « si complichi senza altra ragione che quella di voler correggere il diritto, è un farla pervertire dal suo intento (pag. 15) ». Occorre invece « la maggior possibile semplicità, e le migliori cautele dirette a garentire da una parte la sincerità e la fermezza del proposito, e dall'altra la più facile e la più sicura difesa (pag. 61) ».

v. g.

Renzo Furlani — *L'educazione della donna presso i popoli più civili* — Società Dante Alighieri Roma 1903.

Questo libro del prof. Furlani che fu premiato al concorso Ravizza della città di Milano è degno di nota e merita di essere letto ed esaminato con molta considerazione da quanti hanno a cuore le sorti dell' istruzione in genere e l'educazione della donna in ispecie.

Inspirandosi ai criteri più moderni in fatto di cultura e di pedagogia, tenendo conto delle più recenti conclusioni della scienza e di tutto quanto pre-

scrive l'igiene, l' A. esamina il problema nei suoi molteplici aspetti e affronta arditamente tutte le questioni più gravi, dall'istruzione obbligatoria all'insegnamento universitario, dall' istituzione della scuola mista e della refezione scolastica all' abolizione dell' insegnamento religioso e dell' obbligo fatto ad alunni e maestri di seguire strettamente un determinato programma, dalla necessità di migliorare le condizioni dei maestri a quella di regolare la scuola, dando larga parte all' igiene e all' educazione fisica della donna.

Questi ed altri gravi problemi sono da lui trattati con ampiezza di vedute, senza declamazioni inutili, rafforzando con dati statistici la bontà della tesi e l' efficacia degli argomenti.

L' A. esamina quindi le condizioni e i programmi delle scuole elementari in Italia e delle varie scuole secondarie pubbliche o private in cui si compie presso di noi l'istruzione e l'educazione femminile. E fa lo stesso per quanto riguarda la Francia, l' Inghilterra, la Germania e gli Stati Uniti, non tralasciando di fare continui e opportuni raffronti con le nostre istituzioni e i nostri ordinamenti scolastici.

Termina con un capitolo sui principî ai quali deve ispirarsi l' educazione femminile, e con un altro in cui espone tutta una serie di ardite ed opportune riforme, chè, apportando nell'istruzione primaria e nell' educazione superiore della donna, un criterio più moderno e più rispondente ai bisogni della civiltà, metterebbe l' Italia sulla via di un progresso serio e duraturo, che le permetterebbe di non essere seconda alle altre nazioni.

Ottime proposte queste del Furlani, ma destinate a naufragare come tante altre contro lo scoglio della ristrettezza economica e dell'angustia del bilancio. Giacchè in Italia i milioni servono a fabbricare cannoni e ad accrescere le delizie del militarismo. Che importa il numero dei delinquenti cresca col crescere degli analfabeti?

Lombardi

De l'inviolabilité du domicile — De l'abus d'autorité commis par les fonctionnaires — par Frédéric de Caqueray — Rennes — Imprimerie Simon 1902.

In una breve prefazione l' A. considera lo sviluppo sempre crescente che ha avuto la libertà individuale dall'antichità ai giorni nostri, e la diversa importanza che ha assunto conseguentemente la vita privata ne' vari tempi e presso i varii popoli.

Il vivo sentimento familiare, quella specie di culto che ogni Inglese ha per l' *home* non può che ispirare alla legge inglese la più alta idea della sicurezza dell'individuo, che trova nella casa la sua fortezza, fortezza che non può essere impunemente violata.

Ben altro è l'amore che i francesi hanno per la propria casa, amore che vien meno facilmente e che per resistere al tempo e ai mutamenti ha bisogno di tutta la forza dell'abitudine e dei ricordi.

Pure l'amore del domicilio è il cemento che meglio rafforza il muro della vite privata e meglio contribuisce alla solidità di tutto l' edificio sociale.

Provvida è dunque l'opera della legge per cui la dimora dei cittadini partecipa dell' inviolabilità della loro persona, e benefico riesce ad ogni popolo l'aumentato sentimento di rispetto e di amore per la propria casa.

Ciò premesso, l'A. passa a considerare lo sviluppo storico dell'inviolabilità del domicilio. « E comincia dal diritto romano. La libertà era il più gran tesoro concesso al *civis romanus*, ma questi e la sua casa erano subordinati all'interesse generale e non c'era da parlare d'inviolabilità di domicilio. La casa aveva piuttosto carattere sacro e violarla equivaleva a commettere un sacrilegio — Più tardi per la legge Cornelia *de injuriis* la violazione della casa fu considerata come un delitto d'ingiuria alla persona.

Nell'antico diritto francese non vi è traccia di libertà personale e tanto meno d'inviolabilità del domicilio. La proprietà e l'individuo sono in balia del signore feudale. Con la legge Salica si ha un accenno di protezione della nascente proprietà — Ma solo al XII secolo con l'accentuarsi del movimento comunale si trovano decreti che vietano, come un atto contrario alla libertà, di turbare la notte il riposo altrui. Poi a poco a poco il domicilio è protetto contro le invasioni dei soldati, finchè sotto Luigi XIV il divieto si estende anche a persone che non siano uomini d'arme. E più tardi ancora fu concessa l'inviolabilità del domicilio alle case private, ma furono esentati da tale diritto tutti i luoghi pubblici.

In seguito furono pure fissate regole per le perquisizioni domiciliari, ma in complesso legislativamente l'antico diritto non consacrò l'inviolabilità del domicilio: la violazione di esso non era un delitto speciale. Entrare nella casa altrui era una forma d'ingiuria. E accanto ai divieti persistevano i soprusi d'ogni genere, commessi il più delle volte sotto l'usbergo di quelle *lettres de cachet*, che sono rimaste sinistramente famose nella storia di Francia.

Il principio dell'inviolabilità del domicilio si afferma con la Rivoluzione francese il 1791, ma seguono presto abusi d'ogni genere che raggiungono l'acme con la *legge dei sospetti*, finchè il 9 Termidoro non mette fine al Terrore. La Convenzione con l'art. 358 della costituzione del 5 fruttidoro (22 agosto 1795) stabilisce per la prima volta formalmente l'inviolabilità del domicilio. E quì l'A. accenna alle varie vicende subite dalla legge, consacrata nell'art. 184 del C. P. del 1810, al tempo della Restaurazione prima, poi sotto Luigi Filippo, durante la rivoluzione del 1848, durante l'impero di Napoleone III e finalmente al tempo della Comune.

Oggi tutti gli stati hanno pensato a garentire con disposizioni legislative speciali e con pene severe l'inviolabilità del domicilio.

L' A. fa quindi un minuto esame dell' art. 184 del Codice Penale e si ferma sull'interpretazione della parola *domicilio* e dell'altra *cittadino* comprese in detto articolo. Considera poi il principio della inviolabilità e gli elementi costitutivi del delitto di violazione di domicilio per abuso di autorità.

E in un altro lungo capitolo, diviso in parecchie sezioni, si occupa minutamente delle restrizioni al principio dell' inviolabilità del domicilio, soffermandosi specialmente sulle visite agli opifici e ai laboratori, rese necessarie dalle leggi sul lavoro in genere e sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli in ispecie, nonchè su tutte le altre ragioni di sicurezza pubblica e di esecuzione della legge che contrastano col principio d' inviolabilità.

E occupandosi in ultimo della violazione di domicilio con abuso di autorità dice che la legislazione dovrebbe garentire i cittadini in modo che niuno possa

dire come M. Armand Carrel: « Si l' obéissance est un devoir, la résistance, dans l' occasion, en est un autre. »

Lombardi

Giuseppe Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, Ditta N. Zanichelli, 1903, pag. 128.

I.

Dopo il magnifico capitolo del MORTARA, che è comparso da poco nel II volume del *Commentario* in corso di pubblicazione, questo dotto libro del CHIOVENDA. La *teoria dell'azione civile*, che pure è indubbiamente zona di frontiera o intermedia, contesa sempre nel modo più geloso dagli scrittori di diritto civile, viene tuttavia anche per noi, e speriamo definitivamente come è degnamente, revindicata al diritto processuale, alla stessa guisa che dovrebbe tutto l'istituto della *tutela dei diritti* (HELLVIG, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Lipsia, 1903; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Lezioni, Roma, 1894).

L'essenza dell'azione, secondo il CHIOVENDA « scaturisce dal rapporto che vediamo correre, nel nostro ordinamento giuridico, tra la volontà del privato e la volontà collettiva manifestata nella legge, rispetto all' attuazione di questa. La volontà del privato non sta di fronte alla volontà collettiva semplicemente come una condizione del suo concretarsi; poichè la volontà collettiva anche divenuta concreta rimane, quanto alla sua attuazione, generalmente e nel campo del diritto privato, una volontà condizionata: in fatti, se l' obbligato non vi si conforma, quantunque da questo solo nasca un ingiusto, indipendentemente dalla domanda dell' interessato, tuttavia alla rimozione di questo ingiusto, all' attuazione degli imperativi originari o derivati dalla inosservanza degli originari non si provvede se l'avente diritto non lo richieda, tranne che un interesse generale immediato autorizzi ad agire di uffizio. Esiste dunque nel privato *il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione*, o in altri termini *il potere giuridico di porre in essere la condizione per l' attuazione della legge*. Questo e non altro intendiamo esser l' azione; onde subito appare che l'azione per sua natura non presuppone necessariamente un diritto subbiettivo da difendere...., ma esiste ogni qual volta la volontà del privato si trovi nel detto rapporto colla volontà collettiva ».

La concezione e la forma sono prettamente tedesche, ma appare chiaro anche per chi sia stato educato più latinamente, che in buona sostanza il CHIOVENDA, posto il principio che *iudex ne procedat ex officio*, si schiera tra gli scrittori che concepiscono l'azione come *un diritto a sè, il diritto di chiedere l' attuazione della legge*. Ma, si noti, non, come ebbe ad esprimersi lo stesso CHIOVENDA in altro suo precedente scritto sulla materia (*Azione*, nel *Dizionario del diritto privato* diretto da V. SCIALOJA), « *la facoltà di invocare le garenzie preordinate dalla legge in favore del diritto leso;* » perchè l'azione *non è condizionata alla violazione del diritto, non nasce con la violazione di questo*, e può darsi in certi casi anche *senza diritto subbiettivo*, coordinandosi invece a un *semplice interesse*.

Questo diritto per sè stante, proposto con apposita domanda, determina l'obbligo da parte del giudice di pronunziare in merito: « al che corrisponde la soggezione delle parti alla sua pronunzia. »

Infatti, dopo avere riassunto, ma in modo veramente poco piano, malgrado il proposito contrario e pur ammettendo che si tratti di *astruso argomento*, « le polemiche relative ai tentativi fatti per determinare l'idea di azione in base al suo aspetto più comune, cioè nel suo rapporto col diritto subbiettivo non soddisfatto, a cui servigio si può svolgere nel processo civile, e le concezioni nuove a cui quelle polemiche diedero origine; » il CHIOVENDA determina: « Noi concepiamo l'azione appunto come un diritto *contro* l'avversario consistente nel *potere* di produrre *di fronte* a questo l'effetto giuridico della *attuazione della legge*. Poichè dove un cittadino giovandosi dei mezzi che l'ordinamento giuridico pone a sua disposizione, sia la legge sia l'attività degli organi di Stato (*sic*), può con un atto di sua volontà produrre determinati effetti giuridici di fronte al cittadino, ivi noi vediamo una relazione di potere tra cittadino e cittadino: la quale intanto certamente esiste in quanto altri può contare sulla legge o sull'attività degli organi pubblici, ma (*sic*) questo rapporto dell'avente diritto colla legge e coi poteri dello Stato funge come mezzo nelle sue mani rispetto al suo rapporto coll'avversario ». E poco oltre: « L'azione è un potere di fronte al quale l'avversario non è tenuto ad alcuna cosa: poichè se l'azione tutela un diritto subbiettivo, l'obbligo di soddisfare il diritto subbiettivo tutelato forma, come prima, il contenuto di questo: mentre poi, come vedremo, può darsi in certi casi azione senza diritto subbiettivo. Nè all'azione corrisponde alcun dovere processuale dell'avversario: ma puramente e semplicemente la sua soggezione agli effetti giuridici a cui l'azione intende. I quali effetti giuridici, come si è affermato da principio, scendono dal verificarsi della condizione per l'attuazione della legge, sono *l'attuazione della legge*. Come poi l'attuazione della legge avviene per opera di organi pubblici, pei quali l'esercitata azione per parte del cittadino è causa di un dovere, l'azione potrebbe anche concepirsi come il diritto di costituire il dovere degli organi pubblici di agire col che s'introdurrebbe nel concetto un elemento, che, come inutile, ci sembra da evitare. »

A concretare questi concetti, il CHIOVENDA espone « i casi nei quali il potere di chiedere l'attuazione della legge appare coordinato a un semplice interesse, quindi come un diritto per sè stante, indipendente da alcun altro diritto. » Infatti secondo il CHIOVENDA: a) « L'azione così intesa spetta anche al convenuto, dal momento in cui è proposta contro di lui una domanda *infondata;* » b) « Quando taluno chiede che si accerti l'esistenza di un rapporto giuridico, senza aspirare ad altri effetti giuridici, se non quelli immediatamente derivanti dall'accertamento, non vanta alcuno diritto subbiettivo verso l'avversario se non lo stesso diritto d'azione, coordinato a un interesse di accertamento; » c) L'*azione privata penale* « non presuppone certo un diritto subbiettivo del privato alla punizione del colpevole, ma non per ciò può negarsi che sia essa stessa un diritto subbiettivo; » d) L'art. 24 della legge 2 giugno 1889 (ricorso alla IV sezione del consiglio di stato) stabilisce un vero diritto pubblico per sè stante d'agire. « I tentativi di ricollegare questo diritto alla tutela di un diritto subbiettivo pubblico del ricorrente,

quale il diritto alla legittimità degli atti amministrativi, sono, come è noto, molto discussi. »

E prosegue: « La sentenza è volontà di legge accertata nel caso singolo: in questo senso è *lex specialis*. Ma anche la sentenza è volontà condizionata, rispetto alla sua attuazione, a un atto di volontà del privato: il diritto di emettere quest'atto di volontà, il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà accertata nella sentenza rispetto alla sua attuazione, è un diritto nuovo, che nasce colla sentenza e che non può essere prima della sentenza, e che possiamo designare come *actio iudicati*..... Dalla sentenza non nasce nessuna nuova obbligazione del condannato ma un nuovo potere del vincitore, che non è nè una novazione dell'azione, nè una frazione del potere anteriore alla sentenza, con questa effettivamente consumato. Si è consumato il rapporto tra la volontà del privato e la volontà della legge: è sorto un rapporto nuovo tra la volontà del privato e l'accertamento di volontà contenuto nella sentenza. »

Da ultimo poi il Chiovenda dimostra che l'azione « intesa come diritto avente per contenuto un puro potere giuridico, e non un dovere altrui, non è una figura isolata nel sistema dei diritti, » perchè si riconduce alla categoria dei così detti *diritti del potere giuridico (Rechte des rechtlichen Könnens* o *Kann-rechte)*, o *diritti potestativi* (non *facoltativi)*, che non sono nè *reali* nè *personali*, « come quelli che non suppongono nè una signoria sulla cosa, nè un contegno altrui. » E l'azione è un diritto mezzo per eccellenza: « come può coordinarsi a un diritto reale e a uno personale, così può sorgere dall'interesse di attuare un altro diritto potestativo. »

Rendesi opportuno aggiungere che questa categoria dei diritti potestativi risulterebbe « da numerosissime facoltà racimolate in tutti i campi del diritto privato e pubblico: tali i diritti di impugnare atti giuridici diversi, contratti, testamenti, matrimonio, riconoscimento di figli, deliberazioni di assemblee, concessioni di patenti, sentenze, atti esecutivi; il diritto di impugnare la qualità ereditaria di un indegno; il diritto alla separazione personale; alla separazione della dote; la rescissione per lesione; la denuncia di un contratto; la revoca di un mandato; la revoca di una donazione; il diritto alla divisione; allo scioglimento di una società; all'apposizione dei termini; alla cinta dei fondi; il diritto di accettare o rinunziare una eredità; il ius prælationis; il diritto di riscatto; il diritto alla concessione di una servitù di acquedotto e di passaggio forzato, e ora delle condutture elettriche; il diritto di espropriare per utilità pubblica, il diritto alla retrocessione dei relitti d'espropriazione e cento altri. »

Ecco per sommi capi e per quanto era possibile riassumerlo (nelle centoventotto pagine esso conta, per circa 1000 righi di testo, circa 3600 di note, in corpo di stampa metà più piccolo del testo!), il libro del Chiovenda, con le stesse parole dell'autore.

L'esame accurato e minuto di esso mi porterebbe assai lungi dallo scopo di queste recensioni riassuntive.

II.

Il tema però mi seduce molto, e faccio qualche fugace osservazione. Che l'azione non sia condizionata, almeno necessariamente, alla *violazione o lesione* (Rechtsverletzung), ovverosia al *danno* o *pregiudizio* (art. 698 e 949 cod. civ.) di un diritto, sta bene. Ma che non dipenda essenzialmente da un *diritto*, e stia come un *diritto a sè o per sè stante* (selbständig), appartenente ad una classe nuova e ben distinta (*diritti potestativi*), e propriamente come un diritto mezzo, coordinato tanto a un diritto reale o personale o ad altro diritto potestativo, quanto ad un *semplice interesse*, a me, come ad altri più autorevoli di me, e con miglior ragione, non pare. L' azione, scrivono FADDA e BENSA, nelle annotazioni al WINDSCHEID (I, pag. 579), « non è qualche cosa che *extrinsecus venit:* essa è connaturata al diritto, è momento essenziale, costitutivo del suo concetto, e rappresenta la reazione di esso contro il disconoscimento e la violazione. »

Inoltre, il MORTARA (*Manuale*, I, ediz. 3. p. 13 e *Comm.* II n. 414 e segg.), che, meglio sviluppando un suo proprio ordine di idee, ha dato or ora, malgrado gli sieno stati indicati dei precursori in DEGENKOLB (*Einlassungszwang und Urteilsnorm,* Leipzig, 1877) e in PLÖSZ (*Beiträge zur Theorie des Klagerechts,* Leipzig, 1880), una originale ed organica esposizione della teoria dell'azione civile, reputa almeno necessaria, per lo sperimento di questa la *opinione* o la *pretesa* di un diritto, se non un *diritto vero e sussistente.* Il che significa, a ben pensarvi su, che l' azione resta pur sempre vincolata al diritto. Che se, infatti, « nel rapporto processuale non è lecito parlare di diritto subbiettivo come *contenuto originario*, ma solamente come *finalità (Comm.* II, n. 422 p. 542), » è pur chiaro che non è lecito parlare di *azione fondata* (lo sperimento della quale pone comunque in essere il rapporto suddetto), fino a quando il magistrato non dichiari che fondato sia il diritto. La sussistenza del rapporto processuale non ha che vedere con la fondatezza dell'azione che lo pone in essere, e questa resta intrinsecamente legata al diritto che l' ha originata (Vedi GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* p. 324 n. 6, e lo stesso CHIOVENDA, a pag. 57 e segg. che lo cita).

Ma il CHIOVENDA non si è contentato di seguire il largo numero di scrittori (e ve ne son tanti di nostrani, che non mette conto di ricordare quelli d'oltre Alpe: bastino per tutti il PESCATORE, il MATTIROLO, il VITI, il GIANTURCO), i quali, con più o meno accentuazione, concepiscono l'azione come un diritto a sè. Ha voluto fare un passo oltre, e per lui questo *diritto di chiedere l'attuazione della legge,* in che consisterebbe l'azione, non ha bisogno, come si è visto, nè di un *diritto* subbiettivo nè della *opinione* di un simile diritto. La immaginosa espressione dell'ARNDTS (insegnata qui dal mio maestro GIANTURCO), « non è l' azione che crea il diritto, ma il diritto che crea l'azione; il diritto è il creatore, l'azione è la creatura, » contiene dunque uno sproposito?

Ma quali le prove positive? Il CHIOVENDA le ha esposte, ed io ho riassunto più su la detta esposizione. Ma:

1) Le *azioni di accertamento* (Feststellungsklagen), se non presuppongono la *violazione*, dipendono e nascono proprio dal *diritto* che si vuol di-

chiarato o accertato e di cui solo non si chiedono gli effetti giuridici. Molte fra esse, secondo un assai autorevole insegnamento, si fondano « sopra una già esistente lesione mediata del diritto stesso, la quale si concreta nella sussistenza di condizioni di fatto per cui un diritto viene indebitamente privato dei presupposti e dei mezzi legittimi della sua esperibilità; » es. le domande per dichiarazione di nullità radicale o di inesistenza di un atto: altre « prevengono la lesione del diritto non ancora avvenuta, ma della quale la legge prevede il pericolo e trova opportuno il provvedere in tempo; » es. la domanda di riconoscimento del diritto sospeso da condizione o da termine per impedire che il terzo possessore prescriva: art. 2126 del cod. civ. (Fadda e Bensa in Windscheid, I, p. 1177. Su queste azioni vedi la larga trattazione che ne fa il Chiovenda alla n.ª 68, pag. 76 e segg.). Non si possono perciò affatto simili azioni concepire come costituenti un diritto per sè stante.

Ciò, per quanto il Chiovenda, con un prodigio di astrazione, che si riverbera poi in tutta la sua teoria generale dell' azione, intenda l' azione di accertamento « come un rapporto tra la volontà del privato e la volontà della legge » in cui non vi sia alcun obbligato (pag. 60 in n.ª 68): tanto vero che « l'interesse di accertamento è altra cosa dall'interesse come condizione di una sentenza di condanna (pag. 87). » Tende ben vero a rimuovere « uno stato di fatto contrario al diritto, anche per ciò solo *che è incerto quale sia lo stato di fatto conforme al diritto.* » Con questo sistema si può però arrivare a sostenere che nelle azioni di accertamento il convenuto non serve, una volta che non vi è un obbligato e l'interesse di agire è per la attuazione della legge; ma non si arriva a concepire che l' azione stia come un diritto a sè indipendentemente dal diritto di cui si chiede l'accertamento. Potrebbe fare ostacolo l' *accertamento negativo* (Vedi Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprocessrechts,* Leipzig, 1885, I, p. 19). Ma questo ha fondamento nel diritto ostacolato dal rapporto giuridico insussistente, oppure è tale (ma in questi casi si tratta di veri giudizi di giattanza, se non riguardano il convenuto a cui la legge riconosce interesse di accertamento negativo rispetto alla pretesa dell' attore) che l'attore nel senso sostanziale dev' essere il convenuto nel senso formale; tanto che deve a lui spettare l'onere della prova (contro: Chiovenda, pag. 94 in nota 68). Consegue che l'azione di accertamento non cessa di essere reale o personale secondo i criterii comuni, e non vi è ragione di discutere, come fa il Chiovenda, circa la competenza.

2) La facoltà, che spetta al convenuto di instare lui, facendosi, come si dice, parte diligente, o non accettando la rinunzia fatta dall' attore agli atti del giudizio, per ottenere il rigetto della domanda, compete al convenuto medesimo non in via di azione, ma solo in quanto l' azione sia stata messa in movimento, e quindi in via di *eccezione, latu sensu.* Perciò essa si compenetra nell'azione iniziata, piuttosto che costituire un' azione e quindi un *diritto* a sè: e nasce da questo, che se con l'azione si pretende da una persona contro un' altra l'accertamento, la garenzia, o la reintegrazione di un diritto, quest'altra persona ha la facoltà di dimostrare al magistrato, o che il diritto preteso non sussista, o che non sussistano le condizioni per chiederne l'accertamento, la garenzia, o la reintegrazione: in una parola, che l'azione è stata malamente o a torto intentata. Non si tratta dunque, neppure

in questo caso, di un diritto a sè, ma sempre di una facoltà nascente dal diritto preteso.

E dico *preteso*, perchè, come ho già rilevato ed è opportuno fermare meglio, l'azione non si distacca dal diritto per ciò solo che possa esercitarsi indipendentemente dalla spettanza effettiva di un diritto. Nulla di strano che se Tizio ha *opinione* di possedere un diritto, possa esplicare la propria *pretesa* mercè lo sperimento di un'azione. Ma se è *opinione* il diritto, non cessa di essere *pretesa* l'azione. Ufficio del magistrato è di accertare se si tratta veramente di un diritto e l'opinione di averlo, da parte di chi lo pretese, sia fondata; se inoltre tale diritto sia esperibile e sia fondata la opinione della sua esperibilità, o, che è lo stesso, se sia fondata l'azione messa in moto per farlo valere. Diritto del convenuto è di pretendere dal giudice questo *accertamento negativo* (WACH, *Handbuch*, p. 19), senza sperimentare nessuna azione a sè, ma sempre e solamente in via di eccezione, tanto vero che egli non perde mai la figura di convenuto, o si renda parte diligente e si costituisca lui (art. 7 legge 31 marzo 1901), o iscriva lui la causa a ruolo (art. 173 c. p. c.), o abbrevii il termine a comparire (art. 1 legge 31 marzo 1901 e art. 1 r. d. 31 agosto 1901), o riassuma la causa (art. 332 e segg. c. p. c.), o dichiari di non accettare la rinunzia agli atti del giudizio (art. 345 c. p. c.) (Vedi WACH, loc. cit.).

3) Quanto alla così detta *azione privata penale* (art. 331 c. p. p.) il bisogno della *querela* di parte, se non presuppone un diritto subbiettivo del privato *alla punizione* del colpevole, è appunto perciò soltanto l'espressione della facoltà lasciata dalla legge, per fini sociali (ossia per evitare all'offeso ed alla sua famiglia un pregiudizio, es. art. 344 e 356 cod. pen., o alla società un turbamento, es. art. 372, 391, 410 cod. pen., rispettivamente nuovi e superiori al pregiudizio e al turbamento prodotti dal reato) al privato medesimo di mettere in moto l'azione, ossia è la *condizione* alla quale è subordinato l'esercizio dell' azione. Ma questa è e resta sempre pubblica, e viene esercitata dall' *autorità sociale* (pubblico ministero), appena il privato esponga la querela. « Il diritto di querela non corrisponde quindi al concetto dell'antica giustizia privata individuale; ma è un giusto riconoscimento della solidarietà sociale nella tutela del diritto, o è un giusto calcolo delle vicende e contingenze sociali (LUCCHINI, *El. di proc. pen.* n. 80). » Impropriamente si parla di *azione privata* (In senso affatto diverso parlano di *azione privata penale* FADDA e BENSA in WINDSCHEID, I, p. 687 e segg), ed impropriamente di diritto a sè. Che se poi ad ogni modo si trattasse di *azione privata*, la storia del diritto dimostra che non sarebbe nemmeno una cosa nuova un vero diritto subbiettivo del privato alla punizione del colpevole: e a questo diritto accederebbe l'azione privata per farlo valere.

Il CHIOVENDA per verità, a pag. 95, n.° 70, avverte che « abitualmente nella dottrina si nega la natura di diritto, e precisamente di azione, alla facoltà di querela, nei reati perseguibili a istanza di parte; e questa *(sic)* si considera come condizione dell'azione pubblica; » ma non dà, almeno a parer mio, una ragione sufficiente per negare un principio fondamentale, che non cessa di esser tale solo perchè viene abitualmente insegnato. Ad ogni modo, l'argomento che il CHIOVENDA vuole desumere dalla sussistenza dell'azione privata penale sarebbe sempre *un ignotum per ignoto*.

4) Si parla infine dell' art. 24 della legge sul Consiglio di Stato, che « stabilisce un vero diritto pubblico per sè stante di agire. » Ma il difetto dell' argomento è quello stesso testè cennato. Poichè in quell'articolo si parla di *interesse*, al quale in certi casi è data una vera garenzia giurisdizionale, perchè mai non si potrebbe dire che, in quei casi, quell' *interesse*, assume, per volontà di legge, la figura di un diritto, e, quel che più monta, di un diritto completo, ossia *azionabile*? L' azione quindi non dipenderebbe e nascerebbe, anche in questo caso, da un interesse munito di garenzia giurisdizionale ed equivalente ad un diritto?

Il MORTARA *(Comm.* I, n. 29 pag. 29) ha scritto: « Noi siamo convinti che la giustizia amministrativa, negli stati liberi, sia sempre una parte della funzione giurisdizionale civile, rappresenti cioè un adattamento ulteriore di questa funzione ai bisogni nuovi della evolventesi attività politico sociale. Nè crediamo che al riconoscimento della esattezza di questo principio possa fare impedimento la parziale o totale differenza degli organi investiti della giurisdizione civile ordinaria e della amministrativa. » E più oltre (n. 301, pag. 343): « Il nuovo diritto subbiettivo riconosciuto ai soggetti giuridici (individui ed enti morali) mercè la istituzione della giustizia amministrativa, è il diritto in genere alla *legittimitá* degli atti della funzione governativa. » Ma il CHIOVENDA (pag. 91) si sbriga in due parole notando « che i tentativi di ricollegare questo diritto di agire alla tutela di un diritto subbiettivo pubblico del ricorrente, quale il diritto alla legittimità degli atti amministrativi, sono, come è noto, molto discussi. » Appunto perciò, dico io, prima di parlare di un vero diritto pubblico per sè stante di agire, stabilito dall'art. 24 della legge 2 giugno 1889, bisogna pensarvi su due volte. Comunque, le ancor fresche ed esaurienti pagine scritte dal MORTARA sulla *teoria e sistema della giurisdizione civile*, tolgono ogni efficacia di convinzione a quest' ultimo argomento positivo della indipendenza assoluta dell'azione dal diritto che con essa si vuol tutelare, o garentire, o far reintegrare, e della possibilità di una azione che non serva a tutelare, o garentire, o far reintegrare un diritto.

A me sembra dunque più esatto, e, meglio ancora, più praticamente fruttuoso (giacchè non bisogna dimenticare che la scienza del diritto non deve mai prescindere dallo scopo pratico a cui serve), il concetto che l'azione, intesa la parola nel significato *sostanziale* con cui trovasi così di frequente adoperata nella nostra legge, è una delle *facoltà* (Veggasi in WINDSCHEID, I, § 44, pag. 187 della versione italiana, n.ª 5. Il REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, § 191, p. 678 parla di « Eigenschaft der Privatrechte, » e a p. 679 n. 2 dice infruttuosa la contesa se « das klagrecht ein Bestandteil (annexum) des Privatrechts sei [PUCHTA, WÄCHTER, DERNBURG] oder das Recht selbst in seiner Bethätigung [BÖCKING, BETHMANN-HOLLWEG, BRINZ]) comprese nel diritto (e parlo del diritto *sussistente*, non di quello semplicemente *preteso*, in quanto possa dar luogo all' *esercizio* di un' azione *pretesa*), quella di vederlo *reintegrato*, o *garentito*, o anche semplicemente *dichiarato (azione* in senso stretto, Anspruch, Klage), e quella di sentir decidere, se, ed entro quali limiti, possiamo esercitarlo, ogni volta che qualcuno pretenda di negarlo o limitarlo a noi (*eccezione*, Einrede).

E con ciò non si cade « in una duplicazione inutile del concetto stesso del

diritto (CHIOVENDA, pag. 38), » perchè del diritto si lumeggia un aspetto. Ad ogni modo, e mi valgo di parole dello stesso CHIOVENDA (pag. 46, in n.a 21), « non possiamo gettare a mare l' azione come termine e come concetto: solo c' incombe di chiarire quest' ultimo quale la comune intelligenza della definizione giustinianea lo ha insinuato nel nostro senso giuridico ». Non bisogna poi dimenticare che tra i diversi significati con cui la legge usa la parola *azione* si trova spesso quello che la fa sinonima di diritto (es. articolo 147, 1645, 1648, 1744 cod. civ., 381 cod. comm., 393, 1007, 1076, 1716, 1926, 2022 cod. civ. Si citano pure dal CHIOVENDA, *Azione*, nel *Diz. di dir. priv.* cit. pag. 452 e l' *Azione* ecc. pag. 35 n.a 10, gli art. 1353, 1743 1702 cod. civ. Ma in questi casi la parola *azione* non è usata proprio come sinonimo di diritto). Al postutto il difetto della duplicazione del concetto stesso del diritto non autorizzerebbe una superfetazione, come ha fatto il CHIOVENDA, del concetto dell'azione in quanto non ha che vedere con quello del diritto.

S'intende però che tale facoltà è veramente quella essenziale al diritto, perchè non è vero diritto quello che non può essere difeso o garentito o di cui non può chiedersi l'esercizio, ove non posseduto; e quindi s'intende: a) che il diritto, per essere completo, dev'essere azionabile; b) che l'azione ha una importanza capitale e preponderante a tutte le altre nella vita del diritto; come s'intende pure: a) che possono esservi diritti senza azione (es. art. 133, 189, 220, 280, 1802 e 1804 cod. civ. Non si tratta di diritti, perchè vengono invece negati o subordinati a determinate condizioni, quelli di cui agli art. 148, 180, 1314 cod. civ. È un puro *dovere morale*, mancante di qualsiasi *coazione*, anche indiretta, quello di cui all'art. 147 cod. civ.) e che si possa perdere l'azione senza perdere il diritto (ciò accade, secondo la dottrina prevalente, con la *prescrizione:* GIANTURCO, *Sistema*, I, § 68 pag. 140; VITI, *Istit.* 2a ediz. n. 86; CHIRONI, Istit. I, § 108, II § 250 n. 3 e *Quest. di dir. civ.* pag. 124; POLACCO, *Obblig.* pag. 78 e segg.; BENSA in WINDSCHEID, I, pag. 1151. Vedi però FADDA e BENSA in WINDSCHEID, I, pag. 1144 e segg.); b) che possa esplicarsi un'azione pretesa o in limiti pretesi, perchè può pretendersi un diritto che non si ha o può pretendersi di natura o in limiti diversi da quello che si ha (il che ha messo in evidenza, ed è suo merito, il MORTARA, nei *Principii*, nel *Manuale* e nel *Commentario*. Vedi, più recentemente, questo, al vol. II n. 414 e segg. pag. 535 e segg.); c) che l'azione segua la sorte del diritto, non solo nel senso che non può stare senza un diritto (mentre un diritto può stare senza l' azione), nè può essere alienata, ipotecata, sottoposta ad esecuzione senza il diritto e si estingue col diritto (GLASSON, *Précis de proc. civile*, Paris, 1902, I, pag. 134), ma anche nel senso che muti persino natura, ove eventualmente mutasse natura il diritto, o per lo meno divenga tale da essere vietato di ricercare la sua natura originaria, ove sia vietato di ricercare la natura orginaria del diritto (Vedi ciò meglio in GALANTE, *Sulla prescrizione dell' « actio iudicati, »* Torino, 1900, estratto dalla *Giurispr. ital.*); d) che l' azione possa trovarsi assoggettata a condizioni di esercizio diverse dalle condizioni di esercizio del diritto.

Vi è nel diritto, concepito come complesso astratto di facoltà, potenzialità

di esplicazione concreta, e perciò potenzialità di prendere all'uopo una *direzione personale*, di esplicarsi verso una determinata persona. Con la parola *ragione*, con la quale FADDA e BENSA (in WINDSCHEID I, p. 679) traducono la parola tedesca *Anspruch (pretesa,* ma *fondata.* A torto mi sembra che il CHIOVENDA, pag. 44 n.ª 19 e pag. 49 n.ª 24, la rifiuti, notando che ragione non corrisponde affatto ad *Anspruch,* poichè la legge può usarla come perfetto sinonimo di diritto, nel senso più impersonale possibile: es. art. 950, 1443, 1521, ed anche 982 cod. civ. e art. 648 c. p. c. Se ciò è vero, è pur vero che il senso *normale* della parola non sia proprio impersonale e sinonimico: basta leggere gli art. 28, 35, 285, 286, 516, 819, 1033, 1170, 1244, 1291, 1324, 1405, 1565, 1768, 1928, 1958, 2022 cod. civ. e art. 541 e 715 c. p. c. Vedi pure: CHIOVENDA, *Azione*, nel *Dir. di dir. priv.* diretto da V. SCIALOIA, n. 2, pag. 453), si può in sostanza esprimere il concetto di un diritto completo e pronto a passare in azione, perchè, se non violato, trovasi, come dice il WACH (*Handbuch,* p. 16, n.ª 12), allo stato di non soddisfacimento (befriedigungsbedürftigem). E l'azione (Klage) sarebbe la specifica facoltà contenuta nella *ragione* di esplicarsi per garentirsi.

L'azione sarà *reale o personale,* secondo che abbia causa da un *diritto reale* o da un *diritto personale* (VITI, Ist. I, n. 64 e 67): sarà mobiliare o immobiliare, divisibile o indivisibile, cedibile o non, inerente alla persona o trasmissibile (attivamente o passivamente agli eredi o contro di essi), secondo che ciò sia o non pel diritto (GLASSON, *Précis*, I, p. 134).

Quanto alla nuova categoria dei *diritti potestativi,* che, dato il suo concetto dell'azione, il CHIOVENDA ha dovuto accettare, se non comprende delle mere facoltà (es. art. 681 e 984, 441, 442, 559, 570 e 571, 573, 1564, 1783, 1757 e 1758 cod. civ.), destinate a rimaner tali, o prima che dieno luogo a veri diritti per sè stanti (es. art. 1564 e 1783 cod. civ.) o pongano nel nulla quelli di cui la facoltà era un elemento (es. art. 1757 e 1758 cod. civ. Vedi CHIOVENDA, pag. 112 e 120, il quale vanamente si sforza di porre una distinzione tra i suoi diritti *potestativi* ed i diritti *facoltativi*), vive a spese della vecchia distinzione dei diritti patrimoniali, che non vi ha ragione di abbandonare, per non complicare inutilmente le dottrine, per la smania delle novità o di astruse elucubrazioni straniere. Al più una tale categoria, in quanto comprende dei veri diritti per sè stanti, può (salvo qualche caso) essere considerata come un gruppo speciale dei diritti personali (persönliche Rechte), i quali, alla loro volta, comprendono non solamente i diritti delle persone (Personenrechte) e gli stretti diritti patrimoniali di obbligazione, ma anche quelli che si hanno, per servirmi di espressioni usate dallo stesso CHIOVENDA, di fronte a una persona o più, che non sono tenute ad alcuna prestazione verso un' altra, « ma sono soltanto *soggette*, così da non potersi sottrarre, all' effetto giuridico prodotto. » Suppongono perciò, veramente, un contegno altrui. Ma diritti patrimoniali sono anch' essi, in quanto hanno un valore economico e quindi valutabile in denaro (FADDA e BENSA in WINDSCHEID, I, pagina 675). Il HEUSLER (*Ist. di dir. priv. tedesco,* I, § 66, p. 329) considera come patrimeniali i *diritti ad atti* (Handlungen) *altrui,* e il LAY (*Sistema del dir. civ. it.* I, § 9 e nº 2, pag. 20) parla di « rapporti di diritto personale,

che comprende le pretensioni, che si limitano ad ottenere l'inviolato esercizio delle nostre facoltà in sè e per sè ».

Per i quali riflessi, poichè un diritto non può essere reale e personale nello stesso tempo, per dar luogo alle così dette *azioni miste* (Vedi contra: GLASSON, *Précis*, I, p. 142 e segg.), e poichè è da evitare ogni dubbio nocivo nella pratica e accreditatore nella dottrina di nuove categorie, mi sembra opportuno accettare il concetto del BENSA (*Istit. di dir. civ.* I, § 83, pag. 183), che mentre l'azione reale è quella mediante cui si sperimenta nei giudizii un diritto reale, azione personale invece è quella che non è reale: e il concetto di azione personale sarebbe perciò *negativo*. Così il CHIOVENDA (pag. 119 in n.ª 118), non avrà ragione di lamentare « l'esistenza di figure giuridiche che non si potrebbero incorporare nelle azioni reali o personali, senza perdere insieme ogni possibile orientazione nella delimitazione di queste ultime ».

In ogni caso, non vedo la utilità (CHIOVENDA pag. 112) della nuova categoria dei diritti potestativi. Che possa tale categoria essere di ricovero per i diritti che non si trovarono un ricovero facilmente, è troppo poco: che nella vicinanza dei diritti affini servano i diritti di tale categoria ad illuminarsi ed illuminare, mi pare che non sia vero. Anzi è vero il contrario. Si generano nuove difficoltà per sapere, non solo se si tratti in un dato caso di un vero diritto e a quale categoria appartenga, ma in ispecie, come si atteggi la nuova categoria di fronte alla legge positiva, che non la suppone affatto.

Nè mi sembra esatto, almeno nel modo assoluto formulato dal CHIOVENDA (pag. 84 in n.ª 68), che relativamente ai rapporti esistenti la sola forma possibile di tutela, *quando si tratta di diritti non tendenti ad una prestazione dell' avversario* (diritti potestativi), sia l' accertamento (Feststellungsklage). Cessa infatti il puro scopo di accertamento, appena si possono chiedere e si chiedono gli effetti del rapporto: e con ciò non si esce dal campo di un diritto per entrare in quello di un altro, a meno che negli effetti di un rapporto giuridico non si voglia vedere un diritto per sè stante diverso da quello del rapporto in sè, sublimando così il rapporto giuridico in sè e facendone una specie di concezione metafisica lontana da ogni contenuto positivo. È vero invece sempre ciò che il CHIOVENDA dice in seguito: « Ma rispetto ai rapporti giuridici in cui altri si presenti come obbligato, il diritto può formare oggetto di accertamento puro e semplice e di attuazione più piena. » Sempre che però, aggiungo io, esistano le condizioni per la sola azione di accertamento.

Mi fermo su qualcuno degli esempi addotti dal CHIOVENDA. Questi chiama *potestativi* il diritto all' apposizione dei termini, il diritto alla cinta dei fondi, il diritto alla divisione. Ed esclude che i casi di diritti potestativi possono dar luogo ad azioni personali od azioni reali. Infatti, secondo il CHIOVENDA pag. 119 in n.ª 118), « l'esame della classificazione di azioni reali, personali, possessorie, rientra nello studio delle condizioni della tutela giuridica mediante sentenza di *condanna*, perchè tutte quelle azioni tendono alla *prestazione* di un obbligo ; » mentre un diritto potestativo (pag. 118 in n.ª 118) « si esaurisce in un potere del suo titolare, ma non richiede condotta altrui ». Ho già detto che nei casi addotti non si tratta di diritti per sè stanti, ma di *res merae facultatis* (FADDA e BENSA in WINDSCHEID, I, pag. 1086 e seg.).

Ora aggiungo che il codice di procedura (art. 79) considera l'azione *finium regundorum* come un' azione *reale immobiliare*. Ed è notevole che il codice civile francese (art. 646, corrispondente all' art. 441 del nostro), dispone che ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue, e ciò parlando delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi; onde è stato osservato che il codice ha fatto del *bornage* una *servitù*, e l'azione sia quindi reale (Glasson, *Précis* I, pag. 14. Vedi però Viti Ist. I, n. 69 pag. 69). L'azione *communi dividundo* (art. 581 cod. civ.) è poi evidentemente *personale*, perchè con essa non si chiede il riconoscimento del diritto di comproprietà dell' attore, ma si esercita il diritto personale nascente dall'obbligazione legale del convenuto di addivenire alla chiesta divisione (Glasscn op. e loc. cit.; Mattirolo, *Dir. giudiz. civ.* I, ediz. 4. n. 26). Lo stesso è a dire dell'*actio familiae erciscundae* (art. 984 cod. civ.), che è azione universale (Pacifici - Mazzoni, *Ist.* VI, n. 279) per l'obbietto (*universum ius defuncti*) e non va confusa nè con la *communi dividundo*, che dà luogo ad un giudizio particolare, nè con la *hereditatis petitio* (Pacifici - Mazzoni, Ist. VI, n. 22), che è pure un' azione universale per l' obbietto, ma reale (L. 25 § 18 e L. 8 Dig. *de her. pet.* 5, 3. Vedi però L. 7 Cod. *de pet. her.* 3, 31).

Il Chiovenda chiama diritti potestativi la rescissione per lesione, la revoca di una donazione, il diritto di riscatto. Non sono nuovi i dubbi della dottrina circa la natura delle azioni che tendono alla risoluzione, alla rescissione, alla riduzione di un'alienazione di un immobile o di una costituzione di diritto reale, tanto se a titolo gratuito che a titolo oneroso (Glasson, *Précis*, I, p. 143); esempi proprio: l'azione di risoluzione della vendita per l'inesecuzione dell'obbligo di pagare il prezzo (art. 1175 cod. civ.), l'azione per l'esercizio del patto di riscatto (art. 1515 cod. civ.), l'azione di rescissione della vendita di un immobile per *laesio enormis* (art. 1592 cod. civ.). Ma evidentemente qui si tratta sempre di azioni *personali immobiliari* (art. 1308 e 1511 cod. civ.), perchè fondate, sul contratto; e quando pure (azione di riscatto) sieno esperibili contro i terzi (art. 1520 cod. civ.), la base è sempre nel contratto, che fa stato verso i terzi come possessori a titolo particolare dal primo compratore (Pacifici-Mazzoni, *Ist.* V, n. 103, 112 e 116).

È pure reale il diritto alla concessione di una servitù di acquedotto e di passaggio forzato (art. 592 e segg. cod. civ.), e ora delle condutture elettriche; ed è perciò che, quando sia istituito all'uopo il giudizio di merito, ogni reclamo relativo al *possesso* per fatti *posteriori* è *deferito* all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudizio (art. 444 cod. di proc. civ.). Il che è tanto importante in quanto tali diritti sono capaci di possesso *ad usucapionem* (art. 629 e 630 cod. civ.), essendo il *titolo* nella legge, e rendesi per essi necessaria la tutela possessoria (art. 694 cod. civ.). Non ha quindi ragione il Chiovenda di sostenere (pag. 112 in n.ª 105) che istituito il giudizio per la costituzione di una servitù di acquedotto o di conduttura elettrica, non potrebbe pensarsi a un'applicazione dell' art. 444 del cod. di proc. civ.

Quanto al diritto di impugnare sentenze, ricordo col compianto mio maestro Viti (*Ist.* I, n. 91) che « le azioni non perdono la loro natura, nè la causa e l'obbieto si mutano sol perchè esse si sperimentano in giudizio. » E quanto al

diritto di impugnare atti esecutivi, bisogna intendersi: può trattarsi sempre o di azioni reali o di azioni personali (VITI, *Ist.* I, n. 69 pag. 70). Certo è una opposizione ad atti esecutivi anche la domanda in separazione (art. 647 c. p. c.), e la dottrina ritiene costituisca un'azione reale, tanto che la sottrae alla competenza del conciliatore (art. 13 legge 16 luglio 1892). In ogni modo, ammesso pure nel senso più rigoroso che il giudicato sia titolo *formale*, il quale transustanzi il diritto fatto valere e vieti di ricercare la natura originaria del diritto medesimo, e quindi dell'azione (Vedi: GALANTE, *Sulla prescrizione dell' « actio judicati »*, citata), l'azione per l'esecuzione delle sentenze, indipendentemente dalla natura dell'azione fatta valere, o può concepirsi sempre come azione reale (arg. art. 570 cod. civ.; DALLOZ, citato dal VITI, op. e loc. cit.), e l'art. 13 della legge sui conciliatori 16 giugno 1892 diventerebbe una eccezione all'art. 10 n.° 1 della legge stessa, come sono eccezioni al detto n. 1 i n.i 2 e 3 che gli seguono; o può concepirsi come azione personale nei casi in cui si abbia solo diritto ad essere pagato sulle cose del debitore o si abbia diritto alla restituzione di una cosa in quanto sia dovuta da una determinata persona, e come azione reale nei casi in cui si abbia diritto immediato sulla cosa. Nel primo caso l'esecuzione, per regola, tende alla vendita delle cose del debitore e per eccezione al rilascio. Nel secondo caso invece l'esecuzione per regola tende alla consegna o al rilascio, ma per eccezione può tendere alla vendita (es. azione ipotecaria. Su tutto veggasi VITI, *Ist.* I, n. 141). Secondo il CHIOVENDA (pag. 98), « dalla sentenza non nasce nessuna nuova obbligazione del condannato, ma un nuovo potere del vincitore, che non è nè una novazione dell'azione, nè una frazione del potere anteriore alla sentenza, con questa effettivamente consumato. Si è consumato il rapporto tra la volontà del privato e la volontà della legge: è sorto un rapporto nuovo tra la volontà del privato e l'accertamento di volontà contenuto nella sentenza. Che questo secondo rapporto sia soggetto alla stessa prescrizione comminata pel primo, che in altri termini la legge, disciplinando le prescrizioni speciali, abbia di mira anche le azioni nascenti dal giudicato è cosa che forse si può negare anche in base al nostro concetto. »

E basti. Non senza scopo mi sono fermato particolarmente sopra alcuni dei suddetti tra gli esempi addotti dal CHIOVENDA di diritti *potestativi*. Ho voluto rilevare che tra questi diritti, a parte quelli *personali in senso stretto*, o *personalissimi*, o *eminentemente personali* (höchstpersönliche), che dir si voglia, i quali veramente, per altro motivo, danno luogo ad azioni nè reali nè personali, si nascondono tutti quei diritti che hanno dato dato vita alla teoria delle *azioni miste* (VITI, Ist. I n. 70). Lo stesso CHIOVENDA (pag. 119 in n.ª 118) non si nasconde che « nelle azioni tendenti ad una sentenza *costitutiva* (vedi pag. 118), risorge in certo modo la categoria delle azioni miste. » Quanto al nuovo nome, mi sembra pure inesatto o equivoco: tutti i diritti subbiettivi sono *potestativi*, in quanto suppongono un *potere della volontà* (Willensmacht) dei singoli, o una *facoltà* (Dürfen) nel campo giuridico.

Della natura del rapporto processuale e delle persone tra le quali interviene non mi occupo (CHIOVENDA, pag. 102 e segg.): troppo già ho ecceduto i limiti di una recensione.

Accenno solo che, distinta (come non si dovrebbe mai dimenticare) l'azione

in diritto dall'azione in esercizio (Veggasi in ispecie VITI, I, p. 1 e p. 2), questa pone in essere un rapporto di diritto processuale (prozessualische Rechtsverhältniss) « per mezzo del quale un diritto subbiettivo viene costituito e garentito coercitivamente nella convivenza civile dall' autoritario volere del magistrato, che *unifica* la correlazione delle volontà del soggetto attivo e del soggetto passivo con la norma giuridica (MORTARA, *Comm.* II, n. 422, pag. 542. WACH, *Handbuch*, p. 39, V, dice invece che i subbietti del rapporto di diritto processuale sono « zum mindesten drei: Kläger, Beklagter, Gericht [der Staat], » e ricorda BULGARO, *De iudiciis*, § 8: *iudicium est legitimus actus trium personarum, scilicet iudicis actoris et rei.* »). Si ha un rapporto processuale quando vi sia, non come dice lo stesso MORTARA (n. 415 pag. 536) una *domanda* o *ragione* dell' attore, ma una domanda *in base* ad una ragione dell'attore, una *difesa* o *eccezione in base* ad una ragione del convenuto, e l' organo giurisdizionale, che con una sentenza attui la legge.

Per porre in essere il rapporto processuale, ossia, che per me è lo stesso, per porre un'azione in esercizio, basta, come ha rilevato bene il MORTARA (pag. 538), che vi sia « un contrasto fra soggetti privati concernente materia di diritti subbiettivi, » o, da parte di chi si fa attore, che vi sieno (p. 561) « violazioni che stimiamo patite, per qualsiasi fatto altrui, positivo o negativo, da un diritto che affermiamo appartenerci. » La sentenza del magistrato dirà se era o non diritto subbiettivo la pretesa, presentata sotto forma di domanda o di eccezione, e se era quindi fondata l' azione colla quale il diritto si è fatto valere.

E così resta esplicata, a parer mio, completamente, la concezione positiva dell'azione; perchè spessissimo la nostra legge usa la parola in senso *processuale*, o intendendo addirittura il *giudizio* (art. 404, 1042, 1096, 1510, 1581, 1999 cod. civ., 868, 869, 870, 872. 873 cod. comm., 70, 71, 82, 90 a 97, 98 a 103, 105 a 107, 127, 198, 880 cod. p. civ., 4 e 5 c. p. p.), o lo *stare in giudizio* (art. 296, 1438 cod. civ. 375, 699, 824 c. comm.), o addirittura la *domanda giudiziale* (art. 1324 cod. civ. e 133 c. p. c.), o la *eccezione* (art. 456 c. p. c. Il CHIOVENDA, *Azione*, in *Diz. del dir. priv.* p. 453, cita anche gli art. 341 e 37 c. p. c. Ma qui mi sembra che la legge usi la parola come sinonima di diritto).

E conchiudo col MORTARA (*Comm.* II. n. 417 peg. 539): « Sarebbe stoltezza atteggiarsi a novatori; un fondo parziale di verità c'è in tutte le dottrine che fin qui hanno occupato il campo; la cosa buona che rimane da fare è compiere, se possibile, il lavoro industre dell' ape, raccogliendo e condensando il miglior succo di ciascuna. »

Prof. **Vincenzo Galante**

Avv. Giovanni Merla — *Il carattere e l' indirizzo del diritto amministrativo in rapporto alla funzione sociale dello Stato.* — Roma — Tipografia dell' unione cooperativa editrice — 1902, pag. 98.

Troppo sconfinato l'argomento per poter ricevere una trattazione completa ed esauriente. L' A. già conosciuto per la pregevole pubblicazione dal titolo « *Indole giuridica e limiti delle concessioni municipali* », dove difetta la parte

dommatica, ha voluto dar qui come un saggio della sua coltura dottrinale. E non pare che vi sia riuscito completamente, come non è nemmeno riuscito a dir qualcosa di nuovo sul carattere giuridico-sociale del diritto amministrativo ch' era l' obbietto principale del lavoro. Gli è che, in meno di cento paginette ha voluto condensare molta roba: la dottrina dello stato secondo le varie scuole in 30 pagine, quella del diritto amministrativo, della scienza dell'amministrazione e del metodo di partizione in 20 pagine; tutta la letteratura moderna italiana ed estera intorno al diritto amministrativo, con rassegna critica in 18 paginette; e poi tutta la dottrina e giureprudenza intorno ai problemi delle personalità statuali, dell' atto amministrativo, e della competenza in altre 14 pagine e poi l' amministrazione sociale in altre 4 pagine. Ecco tutto. Basta una siffatta rassegna per non esser contenti del lavoro dell' autore delle *concessioni*. Egli, che ha ottima attitudine all' esegesi, ha bisogno d' intensificarsi un po' più dottrinalmente e darci un lavoro limitato, preciso, denso di pensiero e di ricerche, e tale che mantenga le promesse del *Merla* delle *concessioni* e faccia dimenticare questa poco felice pubblicazione, di cui non possiamo dir bene; come vorremmo.

Avv. **V. Marone**

Prof. **V. Galante,** *Il divorzio e le riforme alla legge sul matrimonio,* Napoli, G. M. Priore edit., 1903, un opuscolo di pag. 39, L. 1.00.

Trattandosi di pubblicazione di un nostro redattore, ne diamo il semplice annunzio.

Avv. Michele Santoro — *Compendio di scienza delle finanze.* Bari 1903.

Non può dirsi codesta una scientifica ed originale trattazione della materia. Lo stesso titolo di compendio rivela i fini dell'autore, che ha avuto principalmente per obbiettivo di reassumere in forma piana e facile le nozioni, su cui poggia la dottrina del patrimonio pubblico.

Premessa una larga prefazione contenente il processo storico della scienza delle finanze e la rassegna degli studii più notevoli compiuti fin'oggi, l' autore tratta delle spese ed entrate pubbliche e dell'amministrazione finanziaria dello Stato, con breve accenno all'amministrazione degli enti locali.

Se manca in questo lavoro un organismo scientifico e dottrinale, non difettano però importanti cognizioni, specie nel capitolo sulle pubbliche entrate; e ciò dà al compendio il carattere di utile guida per coloro che s' iniziano in siffatto ramo di studii.

E. de F.

Congrès International des Accidents du travail et des assurances sociales. Sixième session tenue a Düsseldorf du 17 au 24 Jura 1902. — Breslau — Berlin — Imprimerie C. T. Wiskott.

Contiene la raccolta di tutte le monografie e comunicazioni presentate al congresso di Düsseldorf. Eccone l'importantissimo elenco:

Bödiker L'importance économique et politique de l' assurance ouvrière allemande; *Zacher* L'assurance ouvrière en Europe; *Marschner* Gegenwärtiger Stand der Un-

fallverhütung in Oesterreich; *Waldschmidt* Die Bekämpfung der Trunksucht in ihre Bedeutung für die Arbeiter-kranken, Unfall und Invaliditäts-Versicherung; *Moser* Gegenwärtiger Stand der Frage der berufsunfälle und der Socialen Versicherung in der Schweiz; *Mamy* Resultats des Concours publics internationaux ouverts par l'association des industries de France contre les accidents du travail; *Keller* Diminution des risques d'accidents dans les houilleres françaises depuis 1833; *Kogler* Das Erste Decennium der Arbeiter - Unfallversicherung in Osterreich; *Vermot* De la Cooperation des Compagnies à primes fixes d'assurances contre les accidents à la reparation des accidents du travail; *Gigot* Du role de la mutualité dans l'assurance libre contre les accidents du travail; *Paulet* Première application de la legislation française sur les accidents; *Schlesinger* Les encouragements et facilité, données aux etablissements de secours et de sauvetage et à la croix rouge par la legislation ouvrière de l'empire allemand; *Kaan* Die Weiterentwickelung der Arbeiterversicherung in Oesterreich; *Leubin* Die Pensions und Hilfs Kassen der fünf schweizerischen Hauptbahnen; *Wodon* Le projet de la loi belge sur la reparation des dommages resultants des accidents du travail; *Dubois* Les pensions de vieillesse en Belgique; *Neumann* Die Arbeiter — Gesetzgebung im Grossherzogtum Luxemburg 1900-1902; *Bielefeldt* L'assurançe ouvrière et les moyens de prevenir et combattre les maladies populaires; *Bellom* Des principes de l'organisation de l'assurance desveuves et des orphelins; *Hartmann* Entwicklung der Unfallver-hütungtechnisch in Deutschland; *Klein* Deutsche Unfallstatistik für gewerbe — Land-und Forstwirtschaft nach den neuesten Erhebungen; *Madame Fiedler* L' assistance sociale aux ouvriers en Allemagne; *Pribram* Die Entwickelung des österreichischen Unfall-versicherung auf grund des kapital deckungsverfahrens; *Weber* Workinghrens insurance in the United States; *Maingie* La question de la reparation des accidents du travail en Belgique; *Bödiker* Die Betrag zur geschichte der Arbeiterversicherung in Deut-schland; ecc.

I lavori italiani sono i seguenti:

Magaldi Essai de programme d'une statistique internationale des accidents du travail dans l'exploitation des chemins de fer; *Villani* la prevention des accidents du travail par le signalement du danger au moyen de coloration speciale; *De Angeli* De la marche suivie en Italie par le developpement de la prevention des accidents du travail; *Magaldi* Developpement de la Caisse Nationale de prevoyance pour l'invalidité et pour la vieillesse des ouvriers en Italie; *Bernacchi* De la necessité d'un enseignement universitaire de la medicine des accidents du travail; *Lucci* Considerations sur la loi italienne sur les accidents du travail; *Scodnick* L'institution des Caisses pour la maternité en Italie; *P. Colajanni* trois années d'application de la loi sur les accidents du travail aux ouvriers des mines de soufre de la Sicile; *Capitano Santeiron de Saint-Clement* Les accidents du travail dans les établissements militaires italiens; *Vismara* Essai statistique sur les deux premiers années de l'assurance obbligatoire pour les accidents du trovail dans l' industrie du batiment d'après les resultats de la Caisse Nationale Italienne.

Il volume è di eccezionale importanza.

FRANCESCO PAOLILLO — *Gerente responsabile*

Prof. Emanuele Gianturco

—

VALORE ED EFFICACIA DELLA CLAUSOLA ESCLUSIVA DELLA CONCORRENZA

Al pari dei sindacati industriali, i patti di esclusiva hanno una storia assai recente: si può dire che essi siano nati e cresciuti sotto i nostri occhi, per i nuovi bisogni del traffico. La vita del commercio presenta, spesso, all'esame del giurista, clausole, per le quali, da una parte, il produttore stipula che il commerciante non possa da altri acquistar la sua merce fuorchè da lui, e, dall' altra, il commerciante stipula che, per certi mercati, il produttore non possa vendere, nè direttamente, nè indirettamente, fuorchè a lui. Specialmente nel commercio dello zucchero è assai frequente il patto che la raffineria stipulante non possa vendere zucchero su certi mercati fuorchè a un certo cliente. Per tal modo ha luogo, in forza del contratto, una distribuzione commerciale del territorio e dei mercati, i cui effetti economici non sono, certo, privi d' importanza.

Ma non è di tali effetti che io intendo discorrere; bensì del carattere giuridico delle *clausole* stipulate in favore del commerciante e a carico del produttore.

Che esse siano valide è ormai fuori d'ogni contestazione: la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le semplici limitazioni alla libera concorrenza (e perfino quelle che restringono la naturale libertà di esplicare la propria opera professionale) sono valide. Il criterio fondamentale ormai prevalso in Italia e in Francia, come in Inghilterra e in Germania, è che debba reputarsi nulla ogni clausola, se per essa *jus libertatis infringatur*, ma debba, invece, ritenersi valida se limiti soltanto e restringa la libertà del commercio, dell' industria, e perfino la libertà personale.

Non sempre di questa dottrina è stata fatta giusta applicazione, specie in tema di sindacati industriali; poichè spesso la giurisprudenza ha trattato alla stessa stregua così i sindacati diretti a regolare la concorrenza (i cui effetti economici sono, talvolta, eccellenti)

come i sindacati diretti a costituire monopolio con mezzi fraudolenti, perfino provocando il fallimento delle ditte concorrenti.

Ma, fermandoci alle *clausole esclusive della concorrenza*, se è da ritenerle lecite, quale ne è il carattere e l'efficacia?

A cominciare dai glossatori, gli antichi giuristi hanno sempre tentato d'inquadrare i nuovi istituti nelle tabelle schematiche del diritto romano; e, veramente, la parte più notevole e istruttiva della storia dei dommi è quella che c'insegna con quali sottili ragionamenti, sforzando la parola e lo spirito dei testi del diritto romano, i giureconsulti medievali siano riusciti a dare la carta di cittadinanza e il battesimo giuridico a istituti affatto nuovi e ribelli ad entrare nel classico schematismo romano.

Tuttavia, se questa parte della storia giuridica è ricca d'insegnamenti, il più importante fra essi dev'essere, per noi, questo: che mal s'intendono istituti nati, in tempi nuovi, da bisogni nuovi, tentando d'inquadrarli nelle vecchie categorie; poichè è dall'essenza stessa e dalla vita degl'istituti, non da un'astratta costruzione giuridica, che noi dobbiamo trarre le norme che ne regolino la funzione nella vita sociale.

Ma, se ciò è vero, è altrettanto vero che non conviene rifiutare il sussidio che, dall'antico schematismo e dall'antica dottrina, può, talvolta, venire anche per lo studio d'istituti nuovi. — Le clausole di esclusiva possono, infatti, comprendersi in quella forma di obbligazioni negative « *per te non fieri* », della quale esempi notevolissimi si hanno non solo nel diritto feudale (in quanto al signore era permesso di vietare che i vassalli si provvedessero altrove, che nei forni o nei mulini feudali, del pane e della farina necessaria) ma ben anche nel vigente diritto, in quanto, ad esempio, l'art. 112 C. com. vieta ai socii in nome collettivo di fare operazioni nello stesso commercio senza il consenso degli altri socii (1) e gli articoli 1221 e 1222 C. civ. dichiarano quali siano gli effetti dell'inadempimento nelle obbligazioni negative.

Ora egli è manifesto che chi è obbligato a non vendere la sua merce, in un determinato mercato, fuorchè a un certo compratore, non possa vendervela, nè direttamente, nè per interposta persona. Ma si domanda: è egli obbligato ad avvertire gli altri acquirenti di esser vincolato dalla clausola di esclusiva e di non potere, perciò, vendere la sua merce, su quel mercato, fuorchè allo stipulante della esclusiva? — In altri termini: nella obbligazione negativa *per te non fieri*,

---

(1) Cfr. NAVARRINI, *Il diritto di concorrenza dei soci illimitatamente responsabili*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1902.

è, necessariamente, compresa l'obbligazione positiva di curare, per quanto è possibile all'obbligato, che anche altri non faccia?

Lasciando da parte la discussa e, in gran parte, oziosa quistione « se l'obbligazione negativa possa ritenersi rivolta ad una determinazione della volontà », e, ritenendo la dottrina comune che tale determinazione possa essere rivolta così all'attività come all'inerzia e che debba considerarsi come *facere* anche l'*omittere*, le fonti (almeno secondo il nostro modo di vedere) rispondono chiaramente al dubbio proposto. Nella legge 50 pr. D. 45, 1 (de verborum obbligationibus) ULPIANO, commentando l'*Editto*, insegna:

In illa stipulatione : « PER TE NON FIERI? » *non hoc significatur nihil te facturum, quo minus facere possis, sed curaturum ut facere possis.* (1)

Il medesimo insegnamento ci dà PAOLO nella legge 83 pr. *h. t.*: *qui spondet dolum malum abesse abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se ut dolus malus absit.*

Un caso assai notevole è quello esaminato da ULPIANO nella legge 13 pr. D. 8.

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat ne contra eum piscatio tynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnis patet servitus imponi privata lege non potest, quia tamen fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium (2)*, per stipulationis vel venditionis legem, obbligantur.*

La *glossa* configura così il caso della legge 50 cit.: *Promisisti mihi per te non fieri quominus mihi ire agere liceat: quaeritur quid in hac stipulatione contineatur. Et respondetur quod non solum hoc, scilicet quod ire et agere possim.*

Anche il CUIACIO (I, c. 1197) configura il caso allo stesso modo, e riassume, altrove (X, c. 537), il suo concetto così: *Summa huius legis est: eam stipulationem quae in non faciendo concipitur, ut per te non fieri, factum quoque continere, et contra, eam, quae in faciendo, non factum* ».

Il DONELLO, commentando le leggi citate, dopo d'aver ricordato un passo del *de officiis* di CICERONE (*facere videri eum, qui non propulsat, si potest, injuriam*), soggiunge: *Paulus disseruit stipulationes in non faciendo conceptas quas commemorat non simplex abnuti-*

(1) Il CUIACIO preferirebbe leggere *possim* in luogo dell'ultimo « possis ». — Molti, e, a parer nostro, giustamente, al *non hoc* aggiungerebbero *tantum*.

(2) Con la parola *succedentium*, a parer nostro il giureconsulto vuole indicare non solo gli *eredi*, ma anche i successivi acquirenti del fondo: altrimenti, è chiaro che questo frammento non potrebbe esser, qui, richiamato.

vum continere sed faciendi quoque promissionem adiunctam fore, ut promissor curet ne fiat quod ipse se non facturum promisit.

Questa dottrina deve, a parer mio, reputarsi vera anche sotto l'impero del diritto moderno per l'intrinseca natura dell'obligazione negativa e direi quasi per la garentia, che necessariamente il concedente assume. Infatti Ulpiano e Paolo non risolvono punto una *quaestio facti, secundum ea, quae proponerentur,* ma enunciano un principio giuridico, fondato sulla natura stessa dell'obligazione negativa.

Ne dubitò la Corte d'Appello di Genova in causa *Bozzo* contro la *Società Ligure-Lombarda* e la *Società Italiana per la raffineria degli zuccheri.* Ecco le brevi considerazioni della sentenza:

« Venendo alla portata del patto dell'esclusiva, questa era concessa « al Bozzo, per l'isola di Sardegna a condizione che egli non acqui- « stasse direttamente, nè indirettamente, zuccheri di altre raffinerie. « Dunque, reciprocamente, le due società, salvo un periodo iniziale « di sei o sette mesi, erano tenute a non vendere, nè direttamente, « nè *indirettamente,* zucchero in Sardegna.

« Il vocabolo *indirettamente* comprende, non solo le interposte per- « sone, ma gl'importatori notorii della merce soggetta all'esclusiva: « poichè, in tal caso, il venditore non può allegare la sua ignoranza « della condizione del compratore e della destinazione che questi vuol « dare alla merce comprata, onde la vendita equivarrebbe a una in- « troduzione palliata della merce stessa da parte del venditore, cui « questa introduzione è interdetta.

« Ma la difficoltà sorge quando vuolsi che l'esclusiva per se sola, « e senza patto speciale in proposito, importi l'obbligo, nel conce- « dente, di non vendere a terzi la merce, se non con la clausola di « proibita spedizione nella regione per cui è stata data l'esclusiva. « Certamente *a priori* non potrebbe estendersi a tanto la portata di « quella clausola; ma se, per consuetudine constante e generale del « commercio, come vuol provare il Bozzo, l'esclusiva include anche « quell'obbligo, non potrà negarsi un tale effetto, poichè il senso « e la comprensione di una parola adoperata in un contratto, spe- « cialmente tra commercianti, dipende dalla comune accettazione della « stessa. »

In altri termini, la Corte di Genova nega il principio che l'obbligazione negativa *per te non fieri* contenga, necessariamente, e per propria intrinseca virtù, l'obbligo positivo di curare che altri successivi contraenti non facciano; e, rinnegando così l'antica dottrina, richiede, per dar vita all'obbligo positivo, o un patto apposito o la dimostrazione della consuetudine commerciale come legge suppletoria.

Denunziata questa sentenza alla *Corte di Cassazione di Torino,* questa stimò che la questione non fosse stata decisamente vulnerata

dai giudici di merito con la breve e monca considerazione, che « *a priori* » l'esclusiva non contenga che un obbligo meramente negativo, ma censurò la considerazione medesima, accennando a quei più esatti concetti giuridici, che dettero luogo all'annullamento di un' altra sentenza della *Corte Genovese* in causa *ditta Branca* contro *Ditta Costa di Cougourdan.*

In quella occasione la *Corte di cassazione torinese* considerò:

« Il patto che la ditta Branca dice aver apposto alla vendita del « suo « Fernet » di non esportarlo nell' America del Sud, è legittimo « e pienamente efficace e la ditta Costa non poteva disporre del « Fernet se non con la clausola stessa con cui a lei era stato venduto, perchè non poteva trasferire in altri su quella merce maggiori dritti di quelli che a lei potessero competere, ed erano, quindi « assolutamente inammissibili quei capitoli di prova che la stessa « ditta deduceva per istabilire che essa non aveva esportato il Fernet « nell' America del Sud, ma che l'esportazione erasi operata da quei « successivi acquisitori ai quali essa aveva venduto, senza restrizioni, « il Fernet Branca: tali capitoli, mentre fornivano prova dell' infrazione del patto ammesso dalla ditta Costa, non valevano a liberarla « dalle responsabilità con quella violazione di contratto assunte ed « erano di conseguenza assolutamente irrilevanti. »

Pur consentendo pienamente nella decisione della Corte di Cassazione Torinese non mi pare esatta la ragione fondamentale che essa ne addusse.

Sarebbe, infatti, del tutto erroneo attribuire al patto di esclusiva un' efficacia reale contro i successivi acquirenti della merce per una rozza applicazione del *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet,* oppure applicando, male a proposito, l'art. 1127 del codice civile, secondo il quale si presume che ciascuno abbia contrattato por se e per i suoi eredi o aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario o ciò non risulti dalla natura del contratto.

Ulpiano, nella citata legge 13, dopo d' aver escluso che possa costituirsi una servitù stipulando che contro il venditore si esercitasse sul mare la *piscatio tynnaria,* ammette che, in ossequio alla *lex venditionis,* il patto dovesse essere osservato, così dal compratore, come da coloro che fossero succeduti nei diritti di lui, ma si affretta a dichiarare che essi *obbligantur per stipulationis vel venditionis legem:* dalle quali parole è lecito trarre la conseguenza che il compratore, se avesse, più tardi, alienato il fondo Geroniano, aveva obbligo di imporre al nuovo acquirente il medesimo patto: ma Ulpiano, non dice, nè poteva dire, senza sconvolgere i cardini fondamentali della dottrina romana, che il terzo acquirente fosse obbligato a rispettare

l'obbligazione negativa, che egli non aveva assunta, e alla quale poteva essere tenuto solamente quando avesse accettato una *lex emptionis* espressa o tacita.

E in quanto all' articolo 1127 non pare per verità ch' esso abbia una chiara attinenza con la quistione da noi esaminata.

Riassumendo, chi abbia in suo favore stipulata la clausola dell' esclusiva non ha alcuna azione contro i successivi acquirenti, ma, soltanto ha l'azione di danno, per inadempimento, contro colui col quale ha contrattato, se ha mancato all' obbligo di avvertire gli acquirenti stessi della stipulata esclusiva. Per la medesima ragione, quando, chi concesse l' esclusiva, ne impose l' osservanza ai successivi acquirenti, l' azione di danno, in caso di contravvenzione, spetta soltanto al concedente: il concessionario dell' esclusiva non ha azione diretta; ma potrà soltanto sperimentare l' azione di rappresentanza, spettante al concedente, proprio debitore. Non può infatti ritenersi, che il concedente l' esclusiva abbia stipulato in favore del terzo, e che questi dopo l' accettazione acquisti un' azione diretta e propria, poichè il concedente l' esclusiva, obligato ai danni per l' inadempimento non stipula nell' interesse del terzo, non invece nell' interesse proprio.

Questi sono gl' insegnamenti del dritto romano, ravvivati dalla recente giurisprudenza, in tema di obbligazioni negative.

Prof. Leonardo Coviello

—

I.

I DIRITTI DEI CREDITORI EREDITARI DI FRONTE ALL' EREDE BENEFICIATO IN ISTATO DI FALLIMENTO

Recentemente la Corte d'appello di Messina (Sentenza 16 febbraio 1903 nella *Riforma Giuridica* di Messina an. 1903 p. 78) ha dovuto occuparsi della questione, se devoluta un' eredità ad un fallito ed accettata da questo col beneficio dell' inventario, i creditori del defunto possano procedere esecutivamente sui beni ereditari, o se invece spetti al curatore del fallimento la liquidazione anche di tali beni, a norma dell' art. 800 Cod. Comm., ed ha accolta quest'ultima soluzione.

La questione decisa è nuova, a quanto ci consta, e presenta un particolare interesse anche pe' varii punti controversi di diritto che ad essa più o meno direttamente si rannodano.

I nostri proceduristi (1) lungamente s' intrattengono a discorrere di una vecchia questione, che può dirsi ormai sopita nella giurisprudenza, se in generale sia lecito ai creditori del defunto procedere esecutivamente sui beni dell'eredità beneficiata, e salvo qualcuno, (2) mostrano non accorgersi neanche che tale questione è testualmente risoluta dall' art. 678 cod. di proc. civ. « Il *debitore* non può offrire all'incanto, *salvo che sia erede col beneficio d'inventario* ». Tale disposizione sarebbe evidentemente vuota di senso, se non fosse mai possibile la subastazione in danno dell' erede beneficiato.

D' altra parte non potrebbe la cosa stare altrimenti, se si riflette che il nostro codice civile, conservandosi troppo ligio alle tradizioni del diritto comune e francese, non fa punto obbligo all'erede bene-

(1) Cf. Mattirolo, *Diritto Giudiziario*, V, § 503 e segg. (4ª ediz.) e Cesareo Consolo, *Espropriazione dei beni del debitore*, I, p. 129 e segg. in confutazione dell' articolo del Saredo nell'*Archivio giuridico*, XVIII, pag. 405 e seg. Cf. nello stesso senso pel dir. francese Garsonnet, *Proc. civ.*, IV., § 1318 e Aubry et Rau, VI, § 618.

(2) Cf. Manfredini *Esecuz. forzata* § 31.

ficiato di *liquidare* i beni ereditarii entro un dato termine, ma gli affida solo il compito d' *amministrare* (art. 969). Egli liquida così l' attivo come il passivo, se e quando vuole, poichè nessun termine o sanzione è stabilito a suo carico. In Francia una giurisprudenza assai discussa (1) forzando l'articolo 807 *code civil,* ha ritenuto che l'erede beneficiato può esser privato dell' amministrazione, non solo nei casi di malversazione, ma anche di omessa o ritardata liquidazione, ma pel nostro codice non credo neppure proponibile la questione per la diversa dicitura usata nell'art. 975 che autorizza il giudice a provvedere, nel solo caso che l' erede non abbia prestato la voluta cauzione.

Si potrà deplorare un tale sistema, ispirato unicamente agli interessi egoistici dell'erede senza alcun riguardo a quelli del ceto dei creditori, e tanto più è meritata dal nostro legislatore la censura in quanto aveva innanzi a sè l'esempio contrario del codice austriaco (2); si potrà fare voti perchè si cerchi di portare riparo con una riforma legislativa, sia pure occasionalmente (3) (per es. tra le progettate mo-

---

(1) Cf. l'art. di Wahl nel *Sirey*, anno 1893, 2, 113 e la massima più mitigata dell'Arresto del 2 maggio 1903, riportata nella *Revue trim. de Droit Civil*, 1903, p. 391.

(2) Pel codice austriaco l'erede beneficiato non può pagare i creditori a misura che si presentano: è suo obbligo di convocarli entro un certo termine per distribuire loro concorsualmente l' attivo ereditario. Durante il procedimento di liquidazione, l'esecuzione da parte dei creditori ereditari resta sospesa. Cf. §§ 813, 815 ed Unger, *Erbrecht,* § 42 e nota 14, che senza buone ragioni censura l'innovazione al diritto comune. Il sistema del codice civile germanico è abbastanza complicato e non va esente da censure (Cf. ora l'articolo di Borcherdt, *Die Haftung des Erben für die Nachlassverbinlickeiten* in Archiv f. civ. Praxis, 1903, p. 197). Le linee principali però si riducono a queste. Ogni erede è beneficiato di diritto; diviene illimitatamente responsabile, se non procede alla confezione dell'inventario nel termine che, dietro istanza di creditori, gli venisse dal giudice prefisso. Però i creditori possono sempre colpire con l'esecuzione i beni proprii dell'erede, ch'è tenuto *pro viribus* non già *cum solis viribus hereditariis*. Se l'erede vuole ciò evitare, è necessario che chieda l'amministrazione giudiziaria dell'eredità o la procedura concorsuale. Trascurando di chiedere il concorso quando sa che il passivo sorpassa l'attivo, è responsabile dei danni che derivano dalla mancata o ritardata apertura del concorso, ma non decade dal beneficio, §§ 1975, 1980, 1993. D' altra parte se la condotta dell' erede è tale da mettere in pericolo il pagamento dei creditori, questi possono chiedere l'amministrazione giudiziaria, purchè però non siano trascorsi più di due anni dall'apertura della successione: l'erede perde così la capacità di disporre, e sui beni ereditari non possono concorrere i suoi creditori personali, §§ 1981, 1984.

(3) Un tentativo d'introdurre in parte simile riforma nella legge sul concordato preventivo sventuratamente fallì. In conformità delle proposte della Commissione Ministeriale (Cf. la splendida Relazione del Bolaffio), il progetto Gianturco, presentato alla Camera dei Deputati il 2 dicembre 1897 e ripresentato al Senato il 22

dificazioni del procedimento esecutivo); ma *de lege lata* non resta a fare altro che riconoscere la piena libertà dell'erede di provocare, se e quando crede, la liquidazione volontaria dell'asse. Da ciò deriva naturale la conseguenza che i creditori del defunto conservano integro il diritto all'esecuzione forzata per realizzare subito le loro ragioni, e senz'attendere i comodi dell'erede.

Il quesito però che gli scrittori di diritto giudiziario o passano al tutto sotto silenzio o non approfondiscono abbastanza è, se i creditori possono promuovere la subasta, quando l'erede sia stato sollecito ad avvalersi della facoltà dalla legge concessagli di procedere, dietro autorizzazione del magistrato, alla vendita volontaria.

In pratica la questione non presenta grande interesse, specie se si segua l'avviso rigoroso di escludere (1) che il giudice possa autorizzare la vendita degl'immobili a trattative private, giacchè le forme prescritte dalla legge coincidono nella massima parte con quelle dell'espropria comune (art. 875 e 876 proc. civ.), meno per le eredità devolute ai minori, interdetti, inabilitati o corpi morali, per cui si seguono le forme della vendita dei beni dei minori (art. 878).

Tuttavia potrebbe darsi il caso che o per maltalento o per scopi più o meno reconditi (per es. con la speranza di rimanere aggiudicatario in base all'offerta di prezzo, ch'è esclusa nelle altre forme di vendita) un creditore preferisca il procedimento di subasta alla vendita volontaria autorizzata dal giudice. Non esito a dichiarare che in tal rincontro la pretesa del creditore debba respingersi senza più.

Sta bene che una volta trascritto il precetto, il debitore, sia pure un erede col beneficio d'inventario, non possa in alcun modo alienare, nè pertanto chiedere alcuna autorizzazione a tale scopo, ma per converso quando l'erede ha fatto uso della facoltà che gli viene dalla legge, gli effetti della stessa non possono più dipendere dal beneplacito dei creditori.

---

novembre 1900, aveva un articolo così concepito; « Possono chiedere la convocazione dei creditori per proporre il concordato preventivo anche gli eredi di un commerciante che abbiano dichiarato di accettare col beneficio dell'inventario e non ne siano decaduti, se la domanda era proponibile dal loro autore ed è presentata entro 60 giorni dalla sua morte » (Cf. Relaz. Gianturco del 2 dicembre 1897). Però il Senato ne propose la soppressione, non parendo opportuno modificare in via indiretta e per un caso particolare i principii del diritto civile, e il Ministro Cocco-Ortu nel ripresentare alla Camera il progetto accettava tale osservazione (Cf. Relaz. 22 maggio 1901). Tuttavia osservava nella sua Relaz. il Deputato Sorani (22 giugno 1901): — non per questo la Commissione intende che si abbandoni l'idea di regolare legislativamente con un disegno a parte la liquidazione delle eredità dissestate dei commercianti.

(1) Cf. Pacifici Mazzoni *Successioni* V, § 181 nota, contro Cass. Napoli 11 sett. 1897 I, 1, 1029 e Mortara *Man. Proc. Civ.* II § 936 bis.

Si comprende che se l'erede trascura di effettuare la vendita nel termine prefisso dal decreto giudiziale, i creditori riacquistano il loro diritto a subastare, ma in caso diverso questo deve tacere, se non si vuole ammettere che la facoltà spettante all'erede e quel ch'è più, il valore e l'autorità degli ordini del magistrato, vengano subordinate all' arbitrio individuale dei creditori.

Non occorreva dunque che la legge espressamente prevedesse il conflitto, perchè basta il fatto che si è conceduta all' erede una facoltà in maniera illimitata, per aversi la conseguenza che i creditori son tenuti a rispettarne l'intrapreso esercizio (1).

Non per nulla del resto il procedimento esecutivo si svolge sotto l' assidua sorveglianza dell' autorità giudiziaria, la quale dovrà accogliere come fondato motivo di opposizione al precetto l'eccezione che pende la liquidazione volontaria in conformità del decreto del Tribunale, così come farebbe quando pendesse un giudizio di purga promosso dal terzo possessore.

Al lume di questi principî, io credo agevole risolvere la questione che si presenta in sede di fallimento.

Fuor di dubbio pel nostro diritto l' amministrazione del curatore abbraccia non solo i beni che il fallito possiede al tempo della dichiarazione di fallimento, ma anche quelli che sopravvengono dopo, com' è testualmente disposto dall' art. 699 cod. comm. Non è perciò discutibile che un' eredità devoluta al fallito, sebbene non possa che da esso personalmente accettarsi (salvo al curatore il rimedio in parte revocatorio, in parte surrogatorio dell'art. 949 cod. civ.), tuttavia ricade nell'amministrazione del curatore. Ora se il fallito potesse provvedervi da sè, avrebbe a termini del diritto comune, la facoltà di liquidare volontariamente l'asse, ed arresterebbe così l' azione dei creditori ereditarî.

Tale facoltà può perdersi, sol perchè invece che dal fallito l' amministrazione si esercita dal curatore? Ci sembra di no.

L'unica differenza sta in ciò che mentre per diritto comune occorre una *specifica* autorizzazione giudiziaria, qui essa è data *genericamente ex lege*, come pure per legge sono prestabilite le forme della liquidazione stessa, e quello che sarebbe una facoltà pel fallito diventa un obbligo pel curatore. E ciò perchè una volta compresi nella massa fallimentare anche i beni di un'eredità sopraggiunta, non può non

---

(1) Cf. in questo senso ZACHARIAE, II, § 619; AUBRY et RAU (4.ª ed.), VI § 618; LAURENT, X, § 136, sebbene con ragioni non molto stringenti; BAUDRY LACANTINERIE ET WAHL *Success.* III. § 1242 dicono che di regola la preferenza deve darsi al più diligente, ma il giudice non è tenuto a seguire tale criterio.

applicarsi ad essi quanto la legge prescrive circa la liquidazione dell'attivo, anche nell'esistenza di creditori ipotecarî o privilegiati.

Or se durante la liquidazione volontaria provocata dall'erede beneficiario resta sospesa, come si è veduto, l'azione dei creditori, nessuna meraviglia se, durante lo stato di fallimento e per effetto di esso, vengano impedite le esecuzioni particolari dei creditori.

Certo può far qualche impressione il vedere che i creditori del defunto, i quali restano estranei al fallimento, per essersi l'eredità accettata col beneficio, vengono tuttavia a risentire una limitazione nell'esercizio dei loro diritti dalla condizione personale dell'erede.

Ma giova riflettere che anzitutto lo stesso avverrebbe se l'erede accettasse puramente e semplicemente com'è suo pieno diritto, giacchè il beneficio d'inventario non è un istituto posto a tutela degl'interessi dei creditori, in secondo luogo identico fenomeno si riscontra anche nel caso in cui il procedente non sia creditore personale del fallito, quando questi è un semplice datore d'ipoteca oppure un acquirente dell'immobile ipotecato. Anche allora il fallimento del terzo possessore impedisce ai creditori ipotecarî di promuovere la procedura esecutiva, non facendo l'art. 800 cod. comm. distinzione fra creditori e creditori. Infine se i creditori ipotecarî hanno un diritto certo e intangibile quanto alla realizzazione del loro avere sul valore della cosa data in garentia, non possono però invocare un diritto quesito al procedimento ordinario più che a quello speciale. La loro pretesa all'intervento dell'autorità dello Stato per ricuperare coattivamente il proprio credito non può esplicarsi se non nelle forme e ne' modi che sono attuabili, secondo l'ordinamento giuridico, nell'istante e nelle circostanze in cui si fa appello ai mezzi coercitivi.

Crediamo quindi giusta, sebbene per ragioni alquanto diverse, la soluzione accolta dalla Corte di Appello di Messina, contro la quale si è mossa un'obbiezione che può avere una certa gravità in apparenza soltanto (1).

I creditori particolari dell'erede, si è detto, nessuna ingerenza hanno sui beni di un'eredità beneficiata, nè possono procedervi ad atti di esecuzione. Or qui si ammetterebbe che, a mezzo del curatore, i creditori del fallito possano sequestrare i beni dell'eredità beneficiata, facendone così obbietto di esecuzione secondo la procedura fallimentare.

Osservo anzitutto che, se anche fosse giusta la premessa, non mi parrebbe accettabile la conseguenza, perchè non è punto vero che qui i creditori personali dell'erede facciano atti di esecuzione o d'ingerenza sul patrimonio ereditario.

---

(1) Cf. una breve nota del GRANATA nella *Riforma Giuridica*, loc. cit.

Il curatore rappresenta i creditori senza dubbio, ma rappresenta anche il fallito, quando il suo interesse non può totalmente scindersi da quello dei creditori. Or la cura e la liquidazione del patrimonio ereditario interessa così l'uno come gli altri, ed è in rappresentanza del fallito che il curatore procederà alla liquidazione dell'asse, mantenendo, distinte le attività ereditarie dalle rimanenti (e ciò in conformità dell' art. 968 cod. civ.), ed estinguendo le passività, si noti bene, secondo le norme del diritto comune che sono purtroppo le sole applicabili, in guisa che i creditori del defunto rimangono estranei alla procedura concorsuale, non potendosi questa estendere al patrimonio di un debitore non dichiarato fallito, quale si suppone che sia il defunto. Ciò che rimarrà dell'attivo netto, dopo soddisfatti i creditori ed i legatarii, sarà versato nella massa fallimentare, e sarà distribuito ai creditori dell' erede.

Non v' è pertanto veruna ingerenza di costoro lesiva del diritto dei creditori del defunto, se altra modificazione esso non subisce al di fuori della forma processuale per la sua realizzazione.

Ma è poi certo che i creditori particolari dell'erede non abbiano facoltà di agire sui beni ereditarii, data l' accettazione col beneficio d' inventario?

I migliori proceduristi, ch'io sappia, non si occupano della questione. Nella dottrina civilistica se ne togli una dogmatica negazione incidentale nel MELUCCI, *Separazione dei patrimonii*, n. 172 pag. 387, un cenno nel RICCI *Diritto Civile*, vol. IV, n. 39, e nel PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, V, § 158 contrari a tale facoltà, e l'affermazione opposta, ma senza discussione, nel MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, II, p. 160, null'altro ci è dato rinvenire. Nella giurisprudenza s' incontrano alcuni pronunziati che hanno ammesso, altri che hanno negato il diritto di procedere ai creditori personali dell'erede (1).

La questione si agita anche in Francia dove ha autorevoli fautori sia l'opinione affermativa (2) che la negativa. Sostiene che non spetti tale diritto il LAURENT (*Principes*, X, § 140) per la speciosa ragione che il beneficio d'inventario implica separazione dei patrimonii e l' erede ha perciò due patrimonii, di cui ciascuno forma il pegno di creditori differenti. Di conseguenza i beni ereditarii non possono formar materia di esecuzione per parte dei creditori dell' erede, se non dopo che siano stati soddisfatti i creditori del defunto. Ma se

---

(1) Cf. nel primo senso Cass. Torino 25 luglio 1884, nella *Legge* 1884 p. 376, e 8 nov. 1884 in *Giur. Ital.* 1885, I, 1, 139 App, Brescia 17 luglio Legge 1887, pag. 668; nel secondo Cass. Roma 13 dic. 1879 *Legge* 1880, I, 143, Cass. Firenze 9 maggio 1887 *Giur. it.* 1887, I, 1 319.

(2) Cf. ZACHARIAE ediz. AUBRY et RAU,, II, § 619.

non ci fossero creditori ereditari? Questo caso, risponde il LAURENT, è assurdo. Or che l'eredità beneficiata costituisca nel diritto comune e nostro un patrimonio al tutto distinto da quello dell'erede, nessuno, io credo, vorrà concedere al LAURENT. Lasciando da parte ogni questione dottrinale sulla possibilità di patrimonii senza soggetto o di piú patrimonii della stessa persona, e sull'indole giuridica dell'eredità giacente, egli è çerto che se i beni ereditarii non entrassero a far parte del patrimonio dell' erede beneficiato egli non potrebbe validamente disporne (1) e gli atti dispositivi da lui compiuti dovrebbero considerarsi come assolutamente nulli. Questo invece non è, perchè gli atti rimangono fermi, salvo soltanto la decadenza del beneficio. Non si può quindi parlare di reale o materiale separazione, ma solo di obbligo legale a separare: per usurpare una frase adoperata dal DERNBURG (*Pand.,* I, § 195) in altra occasione, direi che non si tratta di reale divisione, ma di una *Theilungsvorschrift*, ovvero ordine di dividere le due masse.

Ora, ammettendo i creditori personali al procedimento, quando si limita il loro diritto di ripartizione al sopravvanzo che rimane dopo collocati tutt' i creditori del defunto, per nulla si offende il legale precetto di tener distinte le due masse patrimoniali. Mancherebbe dunque di giuridico interesse la opposizione dell' erede o dei creditori del defunto.

È per questa ragione che anche gli scrittori (edificante coerenza!), i quali negano ogni azione esecutiva ai creditori personali (2), concordano nel limitare il divieto scritto nell' art. 1971 cod. civ. per l'ipoteca giudiziale contro l'eredità beneficiata, alle sentenze ottenute dai creditori ereditarii, tra cui la legge vuole assicurata l' eguaglianza, ma ammettono che si possa accendere ipoteca giudiziale da parte dei creditori particolari dell' erede. Or se si ritiene che solo dopo estinte le passività ereditarie, il reliquato entra nel patrimonio dell' erede beneficiato, dovrebbe considerarsi nulla l' iscrizione presa *anteriormente,* non potendosi l' ipoteca giudiziale iscrivere *se non a misura che i beni pervengono al debitore* (art. 1986).

D' altra parte l' interesse dei creditori dell' erede, sia ad assicurarsi mercè ipoteca, sia a promuovere l'esecuzione, è vivo e reale, e merita perciò ogni considerazione. Di vero non avendo l'erede beneficiato, come si è detto, verun obbligo di *liquidare* la massa ere-

---

(1) Cf. DERNBURG, *Pandekten,* III, § 171; WINDSCHEID-KIPP, *Pand.,* III, § 606 nota 14.

(2) RICCI, op. e loc. cit.; PACIFICI-MAZZONI, *Ipoteche,* I, 152; MELUCCI, *Sistema ipotecario,* lez. VI, n. 7; cf. pure BIANCHI, *Delle ipoteche,* I, § 188; MIRABELLI, *Delle ipoteche,* p. 43.

ditaria, potrebbe trar profitto dalla sua inerzia lasciando indefinitamente in sospeso o addirittura frustrando le legittime aspettative dei proprii creditori.

Se i creditori ereditarii non si muovono, forse anche perchè ricevono il premio della loro vera o finta inazione, i creditori di un decotto a cui è piovuta una vistosa eredità, da lui prudentemente accettata col beneficio d'inventario, rimarrebbero disarmati contro una simile specie di frode.

Il caso diventa poi addirittura strabiliante quando non vi siano punto creditori del defunto. Allora nessuno si muoverà: non i creditori del defunto, perchè questi non lasciò debiti; non l'erede, perchè non ha nessun interesse a spossessarsi dei beni. Anche allora dovranno i creditori suoi stare semplicemente a vedere? L'arguzia del LAURENT — Mi si mostri un' eredità beneficiata senza debiti e poi ne riparleremo — è tutt' altro che un argomento, perchè quando i legulei sapessero che col beneficio d' inventario si allontanano i creditori proprii dalla massa ereditaria, nessun debitore esiterebbe ad accettare col beneficio la successione più immacolata di debiti che possa pensarsi. Ove poi si riconosca che, in mancanza di creditori del defunto, si possa procedere, resterebbe a sapere come si fa a determinare preventivamente se vi siano o no creditori chirografarii potendone sempre venir fuori, quando meno uno se l' attende, e mandar quindi in fumo un' esecuzione legalmente iniziata. Il RICCI (loc. cit.) ammette che, in mancanza di creditori del defunto, i creditori personali dell'erede possono agire, e pone a carico di questo la prova che vi sono creditori o legatarii insoddisfatti. Ma se egli stesso ignora l'esistenza di un testamento da cui risultano dei legati, o non ha notizia di alcuni debiti del suo autore? E se i debiti si scoprono a procedimento inoltrato?

Quanto al caso del minore poi, a cui sia devoluta un' eredità, soggiunge il LAURENT, non sarà mai possibile il conflitto e la questione.

Or per verità non comprendiamo perchè nel caso del minore, che è necessariamente beneficiato, non possano presentarsi suoi creditori personali. Forse il minore non può con le debite assistenze assumere obbligazioni contrattuali, e in caso di delitto o quasi delitto, anche senz'assistenza? E nel caso de' corpi morali, degl' interdetti e degli *inabilitati?* Almeno per questi ultimi non si vorrà negare la possibilità di debiti contratti per prodigalità!

Or i creditori personali dovrebbero rimaner colle braccia al sen conserte niente meno sino al tempo in cui cessa la interdizione, inabilitazione o minore età dell' erede, non avendo questi obbligo nè di fare inventario, nè altro, e non essendo soggetto a decadenza in verun caso!

Vuolsi inoltre non pretermettere un' osservazione di ordine pratico ed è che, negando il diritto di procedere sui beni ereditarii, si toglie ai creditori personali il mezzo più efficace (1) che hanno nella trascrizione del precetto per impedire che il debitore, distraendo gl'immobili, decada dal beneficio e riversi così sul suo patrimonio particolare il peso dei debiti del defunto. Contro l'accettazione di un' *hereditas damnosa* per parte del proprio debitore, i creditori non hanno un sufficiente riparo, essendo assai malsicuro l' ordinario rimedio della paulliana, reso qui anche più difficile pei dubbi sull'estensione subbiettiva del *consilium fraudis*, il cui concorso (2) qualcuno esige anche nei creditori del defunto, aggravando così il compito dell' attore in ragione del numero di costoro, vale a dire rendendo il rimedio tanto meno attuabile quanto più urgente ne è il bisogno!

Nè i creditori possono accettare col beneficio d'inventario quando il debitore volesse divenire erede puro e semplice, essendo l' accettazione di eredità un atto insurrogabile; ma che almeno una volta avvenuta l'accettazione col beneficio d'inventario, si lasci ai creditori il modo di assicurare la ben fondata speranza di non vedersi pregiudicati dal concorso dei creditori del defunto!

L'unica obbiezione che contro di noi potrebbe farsi è che, potendo l'erede procedere alla liquidazione volontaria per risparmiare i danni materiali e morali della subastazione, l' intervento dei suoi creditori verrebbe ad intralciare le sue operazioni. Ma anche qui calza, a mio avviso, la distinzione fatta più sopra. Se l'erede fu sollecito a chiedere l'autorizzazione per la vendita volontaria, i creditori dovranno astenersi dal ricorrere all' esecuzione forzata, ma se questi lo prevennero, egli non ha che ad imputare a sè stesso la propria negligenza.

Rimossa quindi l'unica obbiezione che si poteva fare alla tesi da noi accolta, ne risulta confermata maggiormente la sua bontà. Resta solo a vedere, se i creditori del defunto possono sottrarsi alla restrizione che dallo stato di fallimento dell'erede deriva all' esercizio del loro diritto di agire esecutivamente, domandando la *separazione dei patrimoni*.

---

(1) L'art. 975 cod. civ. dà ai creditori od altri aventi interesse la facoltà di chiedere cauzione all'erede beneficiato, ed in mancanza, il giudice può tra gli altri provvedimenti discrezionali appigliarsi a quello di privarlo dell' amministrazione (arg. art. 498); ma perderà con questo l' erede la capacità di disporre? Noi non lo crediamo.

(2) In Francia AUBRY et RAU VI § 611 e nota 20, sebbene l'opinione dominante sia contraria, come può vedersi in BAUDRY LACANTINERIE et WAHL *Succ.* II 2236; presso di noi il MELUCCI *Separaz. de' patrimonii* n. 65, 66 confutato esaurientemente dal FILOMUSI-GUELFI, *Successioni*, Parte Gen. nel *Dig. Ital.*, § 78 e seg.

Non ignoro esservi grave questione se sia possibile l'esercizio di tale facoltà quando è stato dichiarato il fallimento, e chi parifica completamente all' ipoteca la iscrizione in separazione deve propendere per la negativa, in base agli articoli 2065 cod. civ. e 710 cod. comm.

Ma io credo che, anche ammessa una tesi siffatta, ora prevalente in giurisprudenza, ma sempre discussa e discutibile nella dottrina (1) il divieto dell'art. 710 potrà applicarsi al caso dell'eredità di un fallito, non al caso di un' eredità devoluta ad un fallito. L' art. 710 si riferisce all' iscrizione presa sui beni del fallito, invece nel caso nostro la iscrizione in separazione si prende sui beni di chi non era fallito, e tende allo scopo d'impedire che si confondano co' beni dell'erede fallito. (2) Ammessa dunque la possibilità della separazione dei patrimonii, potrebbe a prima giunta credersi, ch'essendo essa nel nostro diritto destinata ad impedire non solo il concorso dei creditori dell' erede, ma anche le *alienazioni* che questi possa compiere (art. 2062 cod. civ.), rimanga con ciò impedito all'erede (beneficiario o fallito, o l'una cosa e l'altra insieme) di procedere alla vendita volontaria dei beni ereditati.

Ma il dubbio svanisce subito se si pensi che la liquidazione volontaria deve sempre metter capo tanto pel diritto civile che pel commerciale o ad un accordo amichevole di *tutt'* i creditori o ad un giudizio di graduazione in cui il giudice, dopo aver collocati i varî creditori secondo l'ordine loro spettante, disporrà la cancellazione delle ipoteche anche pei non comparsi o non ultilmente collocati. Così tra le altre ipoteche scomparirà anche quella a titolo di separazione ed il pericolo pertanto che si venga invocando l' iscrizione in separazione, per mandare in fumo la vendita volontaria eseguita, a norma di legge, dall' erede beneficiario o fallito, sarebbe soltanto immaginario.

D'altra parte per effetto della separazione, l'erede non rimane punto privato nè dell'amministrazione dei beni immobili, nè della facoltà di liquidare amichevolmente il passivo ereditario, come risulta dall' articolo 2064 cod. civ. Non può quindi la separazione dei patrimonî privare il curatore del diritto di liquidare i beni ereditarî secondo la procedura fallimentare, escludendo le esecuzioni individuali.

---

(1) Contro cf. il recente libro di E. De Luca, *Del concorso dei creditori e legatarii separatisti coi non separatisti* ed. Bocca. 1903; lavoro pieno di acute osservazioni.

(2) Cf. Bonelli nel *Commento al cod. di comm.*, ed. Vallardi, *Trattato del fallimento*, I, n. 459, e gli scrittori ivi citati.

II.

LA TRASCRIZIONE DEL PRECETTO ED I SUOI EFFETTI IN SEDE DI FALLIMENTO

Pur essendo, per espressa disposizione dell'art. 800 del Cod. Com. recisamente negato ai creditori del fallito di procedere ad atti esecutivi dopo l' apertura del fallimento, si è venuta da alcuni anni formando una benigna giurisprudenza che riconosce in essi la facoltà di intimare e trascrivere precetti immobiliari, per non privarli dei vantaggi che dalla trascrizione del precetto derivano secondo il diritto comune. E così ha deciso la Corte d' App. di Messina nella sentenza citata.

Or tale tesi si appalesa assurda e contraddittoria *prima facie.*

Non è forse il precetto il primo atto dell'esecuzione immobiliare, a termini dell'art. 596 proc. civ. ?

La considerazione al tutto estrinseca, che altrimenti i creditori ipotecarî perderebbero la garentia su' frutti del fondo, pel fatto che il proprio debitore cade in fallimento, non ha giuridica consistenza.

Ad ogni modo non è lecito ricorrere ad un rimedio così meschino ed ipocrita, qual' è quello di permettere un precetto che suoni vana minaccia di subastare entro 30 giorni, quando si sa che per legge l' esecuzione non potrà aver luogo nè il debitore, anche volendo, può ottemperare all' ingiunzione di pagare; e ciò allo scopo di conseguire alcuni effetti che la legge volle annettere alla trascrizione del precetto, non come simulacro di atto processuale, ma come atto reale e serio di preparazione alla procedura esecutiva. Dippiù ad esautorare siffatta tesi, che che si stenta a credere com' abbia incontrato fortuna presso varî Collegi giudiziarî (App. Napoli, 27 ottobre 1890 (*Foro it.* 1891, 838); App. Torino, 4 luglio 1896 (*Giur. Tor.*, p. 497) Cass. Torino, 13 maggio 1897 (*Foro it.* 1897, p. 640) basterebbe il riflesso assai semplice che, abbandonandosi per un anno il procedimento, gli effetti dell' art. 2085 cod. civ. svaniscono completamente. Or se *a priori* si sa che il procedimento deve abbandonarsi, qual valore può avere l'espediente escogitato dall'empirismo dei pratici ?

Nè parmi accettabile l'opinione accennata dal CUZZERI *Commento al cod. di comm.* (ed. Drucker di Verona), VII, n. 617 e sostenuta dal valoroso BONELLI, op. cit., n. 314, che gli effetti dell' art. 2085 cod. civ. si producono senza bisogno di trascrizione di precetto, per virtù della sola dichiarazione di fallimento.

L' argomento letterale, cui affida il BONELLI la sua dimostrazione

non mi sembra punto persuasivo. Egli cita l'art. 809 cod. comm. pel quale le ***somme di danaro*** appartenenti al fallito (e tra queste, soggiunge, va compreso il ricavo della vendita dei frutti), dedotte le spese di giustizia e di amministrazione e i soccorsi accordati alla sua famiglia, devono anzitutto erogarsi con l'autorizzazione del giudice delegato nel pagamento dei creditori con ***pegno od altro privilegio.***

Or è mai possibile riferire quest'articolo ai creditori ***con ipoteca*** ? Lo stesso codice di commercio non distingue esattamente la condizione dei ***creditori con pegno od altro privilegio su beni mobili,*** di cui si occupa nella sezione I del titolo III, da quella ***dei creditori privilegiati od ipoecearî sugl'immobili*** di cui nella Sezione II ?

Delle ripartizioni del prezzo di ***mobili,*** a cui possono concorrere i creditori ipotecarî, si occupa l'art. 776, ma stabilisce il contributo (« in proporzione dell'intero loro credito ») e non un ordine di preferenza, mentre per l'art. 2085 cod. civ. una volta uniti i frutti alla massa, il loro valore si distribuisce secondo il rango ipotecario.

Negli articoli 776, 777, 778 e 779 si parla sempre di ***prezzo degli immobili,*** e non v' è alcun accenno che lasci argomentare doversi ad esso aggregare il prezzo dei frutti. Ad ogni modo, posto pure che nelle ripartizioni da farsi secondo l'art. 809, siano da comprendersi i creditori ipotecarî, non ne seguirebbe che i frutti del fondo ipotecato, restino destinati ad essi ***con esclusione*** di altri creditori aventi pegno o privilegio sulle cose mobili, nè può parlarsi di precedenza di quelli su questi, non risultando stabilita da nessun testo di legge.

Il vero è che la disciplina del fallimento esclude l' applicazione dell'art. 2085. I creditori ipotecarî sono certo posti fuori del concorso, ma la loro condizione resta invariabilmente fissata secondo lo stato antecedente all'apertura del fallimento, e non possono pertanto profittare, più che gli altri creditori, di ciò viene ad aumentare l'attivo, come i frutti e le rendite dei fondi. L' ipoteca cade per sua natura sul *valore* della cosa non già sulle *utilità* ch' essa produce; ciò può accadere accidentalmente in virtù di un rapporto giuridico diverso, non per l' essenza stessa della garentia reale (1). Sarebbe poi un errore credere che l'ipoteca si estende de jure ai frutti del fondo, quali *accessioni* dell' immobile, perchè se l' espressione dell' art. 1966 dovesse riferirsi ai frutti, ne seguirebbe che per lo meno al momento del suo esercizio, se non prima ancora, come la logica rigorosa vorrebbe, l'ipoteca dovrebbe comprendere anche i frutti ***alienati*** del debitore o *pignorati* da altri prima della trascrizione del precetto purchè si trovino sull' immobile. Allora sarebbe giusto ritenere

---

(1) Cf. le profonde considerazioni del CHIRONI *Ipoteche* II § 64.

che all' istante in cui l' azione ipotecaria si volge, colpisce il fondo co' frutti ad esso congiunti. (1) Invece pel nostro codice, almeno secondo l'opinione dominante, restano immobilizzati soltanto i frutti che non siano stati alienati o pignorati, benchè tuttora pendenti (2).

Ora, comunque voglia definirsi la efficacia giuridica della dichiarazione di fallimento, certo non può negarsi ch' essa importa un sequestro generale dei beni del fallito a profitto dei suoi creditori specialmente chirografari. Se dunque l'estensione dell' ipoteca sui frutti vien meno anche per diritto comune quando c' è un *precedente* pignoramento, ci sembra del tutto conforme al sistema razionale il ritenere che in seguito al fallimento i frutti dei fondi siano sottratti all' ipoteca e restino a garentia comune di tutti i creditori. È naturale però che se l' esecuzione individuale è stata promossa prima della dichiarazione di fallimento, intatti ne rimangono tutti gli effetti, compreso quello dell' art. 2085 cod. civ.

Un altro effetto derivante dalla trascrizione del precetto, di cui non si occupano nè il BONELLI nel suo eccellente trattato, nè ch' io sappia, altri scrittori, concerne gl'*interessi*, se cioè debbano, a norma dell'art. 2010 cod. civ., collocarsi col grado dell' ipoteca gl' interessi per due annate anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione, oltre i *successivi*.

La larghezza dell'art. 2010 è nuova nel nostro codice civile (3) e

---

(1) Secondo il cod. civ. germanico l' ipoteca abbraccia anche i frutti che non non siano stati alienati nè asportati dal fondo prima del sequestro. Però entro i limiti di un'ordinata amministrazione, i frutti asportati dal fondo, tuttochè non alienati, si sottraggono al vincolo ipotecario, § 1121 e 1122, Cf. anche il § 21 della legge 24 marzo 1897 sulle subaste e DERNBURG, *Burg. Recht*, III, § VI. Nella legislazione svizzera prevale pure il principio che l'ipoteca si estende anche ai frutti non separati dal suolo, di modo che, avvenendo un pignoramento da parte dei creditori chirografarii, hanno sempre la preferenza i creditori ipotecarii, anche se non abbiamo promosso l'espropria. Cf. BRUSTLEIN et RAMBERT, *Commentaire a la loi féd, pour la poursuite des dettes*, pag. 121. Invece per la legge esecutiva austriaca del 27 maggio 1896 è testualmente sancito nel § 119 che i frutti separati dal suolo ricadono nell' amministrazione forzata solo se non vi furono precedenti pignoramenti, nel qual caso appartiene ai redditi di amministrazione unicamente ciò che resta dopo soddisfatti i creditori pignoranti.

(2) Cf. MATTIROLO, *Dir. Giudiziario*, VI, § 113, MIRABELLI Dir. dei terzi pag. 44; BIANCHI, *Ipoteche*, I, 287: non ci sembra però molto coerente questo scrittore quando da una parte ritiene che, prima della trascrizione del precetto, l' ipoteca non colpisce i frutti, e d'altro canto ammette che, in caso di pignoramento precedente, il creditore iscritto può opporsi alla vendita dei frutti, che restano destinati prima al pagamento degl'ipotecari, e poi, se ci è sopravvanzo, de'chirografari.

(3) In Francia l'art. 2151, in ciò non modificato dalla legge 12 giugno 1893, dà diritto a far collocare col grado del capitale tre sole annate d' interessi. In relazione a qual momento la legge non dice, ma la giurisprudenza ritiene esser quello

non esitiamo a dire che fu frutto di poca ponderazione, non essendosi badato alla gravità delle conseguenze, dannose per lo stesso credito ipotecario che pur si credeva favorire. Tanto il progetto CASSINIS (art. 2213) che il progetto MIGLIETTI (art. 2052) limitavano la collocazione degli interessi allo stesso grado del capitale sino alla concorrenza del *settimo* dello stesso. Almeno così chi trovasse iscrizioni anteriori avrebbe potuto rendersi esatto conto della loro portata: non si sa però perchè tale proposta venne abbandonata. Il PISANELLI nella sua relazione osservò che nella nuova redazione il limite del triennio impedisce un cumulo eccessivo d'interessi a danno dei creditori precedentemente iscritti, ma nulla disse per giustificare la collocazione degl' interessi successivi. Nel seno della Commissione coordinatrice levò la voce contro quell' aggiunta il MANCINI, osservando « che se si sono convenuti gl' interessi al 7 od 8 per cento, in tal caso il primo creditore iscritto, se il giudizio dura alcuni anni, assorbisce co' suoi interessi una parte del capitale che avrebbe dovuto spettare ai creditori successivi in rango giacchè quelli del prezzo essendo minori, non basteranno anno per anno a soddisfarlo » e proponeva che gl'interessi *pendente judicio* si collocassero su quelli che il prezzo del fondo può produrre in quel tempo. Ma il Presidente della Commissione (ch'era il CASSINIS) rispose che il pericolo era più ipotetico che reale, data la celerità (?!) dei giudizî di subastazione e di graduazione e la poca (?) probabilità che passi gran differenza tra l'interesse legale che decorre sul prezzo dell' immobile e quello dovuto sui capitali ipotecati e rilevò esser pieno di difficoltà il sistema di due conti nella graduatoria, ed in vista di tali difficoltà (che dopo tutto sarebbero state semplicemente burocratiche) il MANCINI non insistette nella proposta. (Verbali della Commissione coordinatrice dei 20 maggio 1865 n. 40).

Or l'esperienza di circa quarant' anni ha fatto giustizia dell' ottimismo della Commissione coordinatrice, giacchè non solo l' interesse sul prezzo può essere inferiore anche a quello legale del 5 %, ove ne venga fatto deposito nelle Casse giudiziali (essendo per queste il saggio fissato annualmente, con decreto del Ministro delle Finanze), ma è sempre al di sotto di quello convenzionale dei capitali iscritti, spesso superiore anche al 7 od 8 per cento. Dippiù (cosa non av-

---

in cui l'azione ipotecaria si consuma ed esaurisce, cioè l'aggiudicazione. Cf. PLANIOL, II, § 2964, 2968, e 2969. Ne'varii codici degli ex Stati d'Italia era diversamente fissato il numero delle annate, ma in nessuno si parlava degl'interessi successivi all'inizio del procedimento e fino al suo termine. Essendo sorte vive controversie nel Napoletano, il Rescritto del 18 aprile 1846 decise che spettavano solo le due annate anteriore oltre quella in corso *al tempo in cui si fa la domanda di collocazione*.

vertita neanche dal MANCINI) il ricavo dei *frutti* durante il procedimento è *sempre* inadeguata rispetto alla massa degl' interessi dei capitali iscritti, ed è addirittura illusorio, se l'amministrazione si lascia al debitore (1). Della celerità del procedimento decantata dal CASSINIS non è a discorrere neanche. Così spesso avviene che una prima ipoteca assorba per intiero o quasi il valore dell' immobile, mentre chi prese il secondo grado aveva motivo di fare assegnamento sul restante valore, non potendo *a priori* prevedere tutti i lacci e le sorprese di cui è ricco il nostro sistema processuale, fecondato dall'inventiva insuperabile dei causidici di professione, abilissimi per prolungare all'infinito un espropriazione forzata. Aggiungasi che la primitiva corrente della giurisprudenza, formatasi col lodevole intento di diminuire gl' inconvenienti dell' art. 2010, la quale arrestava il corso degl'interessi al momento dell' aggiudicazione, è rimasta a buon diritto sopraffatta da altre due posteriori che accordano il grado ipotecario agl' interessi sino alla chiusura del giudizio di graduazione, o più giustamente sino alla definitiva liquidazione (2), il che mette in serio pericolo la posizione dei secondi od ulteriori iscritti (3).

Una riforma quindi dell'art. 2010 cod. civ. si rende, a mio avviso, urgente, specie ora che tanto si parla di provvedimenti diretti ad alleviare la proprietà fondiaria dall' immane peso del debito ipotecario (4).

---

(1) È sorprendente la ingenuità del nostro legislatore che, mentre nega ogni soccorso alimentare al debitore sottoposto ad espropria, esige ch'egli debba amministrare i fondi, astenendosi dal benchè menomo godimento, vero *Tantalus sitiens*.

(2) Cf. MATTIROLO, VI § 772; MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, I, pag. 53-68; BIANCHI *Delle ipoteche* II § 568.

(3) Non parliamo neppure di un' aberrazione di qualche scrittore, per fortuna ignota alla pratica, per cui gl' interessi convenzionali sarebbero dovuti col grado ipotecario *fino al giorno del pagamento*, quasi che fosse più possibile uno stato definitivo di gradi, se ad ogni giorno che passa dovesse ingrossare la cifra dei primi iscritti, a causa degli interessi via via maturantisi, e diminuire il margine pei successivi creditori, i quali pur si trovano muniti della loro brava nota di collocazione per una somma certa! E che cosa poi avverrebbe in caso di rivendita in danno? Affermano tale assurdo il PACIFICI-MAZZONI, *Priv. ed ipoteche*, II, 15 ed il MELUCCI Lez. XXIV. Contro vedi le giuste osservazioni del BIANCHI, *Ipoteche*, II, 568.

(4) Il MIRABELLI raccomanda il sistema dei primitivi progetti CASSINIS e MIGLIETTI (*Dir. dei terzi*, I, pag. 53) e certo la sua semplicità è ammirevole; ma produce l' inatteso risultato che chi pattuì un saggio *maggiore* riceva un numero *minore* di annualità. Delle più moderne Legislazioni la legge federale Svizzera sull' esecuzione e sul fallimento dell' 11 apr. 1889 (art. 146 e 219) se ne rimette ai codici cantonali, dei quali alcuni ammettono la collocazione ipotecaria per gl'interessi successivi ed altri no (cf. le notizie riportate nel BRUSTLEIN e RAMBERT, *Commentare sur la loi fed. sur le porsuite pour dettes et la faillites*, pag. 353 e seg.). Però il recente progetto HUBER di un codice civile unico nell' art. 866 limita a quattro annate il massimo degli interessi coperti dell' ipoteca, e per dippiù sog-

Tornando ora al nostro argomento, dobbiamo con piacere constatare che in sede di fallimento i deplorati sconci non si verificano punto, non solo perchè essendo vietate le esecuzioni individuali, la trascrizione di precetti immobiliari non può avere efficacia di sorta, ma altresì perchè il regolamento degl'interessi è disciplinato in modo affatto particolare dall' art. 700 del cod. comm. Probabilmente il legislatore non ebbe chiara coscienza della deroga che apportava al diritto comune, ma ciò se scema il suo merito, non impedisce all'interprete di dare alla legge la portata che realmente ha, senza riguardo alle intenzioni o vedute personali dei suoi autori.

Ora il significato di quest' articolo redatto in una forma tutt' altro che felice, promana nitido dalle seguenti parole che si leggono nei Verbali della Commissione coordinatrice: « Potranno i creditori applicare le regole del cod. civ. circa l'imputazione dei pagamenti, esigere gl' interessi sul prezzo dei beni soggetti a privilegio od all' ipoteca, e rivolgersi alla massa chirografaria per *tutto* il capitale residuo? La disparità di trattamento sarebbe flagrante ed è perciò d' uopo dichiarare che in tal caso il credito residuale si determina senza tener conto degl'interessi » (*Lav. Prep.*, ediz. uff., vol. II. p. 464).

Volendo quindi applicare correttamente il disposto dell' art. 700 cod. comm. al caso (espressamente non contemplato) di più creditori ipotecari, sul prezzo degl' immobili bisognerà collocare col grado dell' ipoteca soltanto i capitali e gl' interessi scaduti, garentiti da particolare iscrizione, presa, s' intende, prima del fallimento (art. 710), dovendo allora considerarsi come altrettanti capitali anch' essi. Solo ciò che sopravanza dopo soddisfatti i capitali iscritti, i creditori ipotecari potranno pretendere gl'interessi ulteriori.

Così supponendo che il valore del fondo sia di 50 mila lire, e il 1° sia creditore di 25 mila per capitale e 5 per interessi, e il 2° egualmente per 25 mila per capitale, e di 5 per interessi, dovrebbe secondo noi l'ordine dei gradi stabilirsi così: 1° 25mila, 2° 25mila, e non essendoci supero, nessuno dei due potrebbe ricever nulla a titolo d'interessi. Se invece il credito capitale sia del del 1.° che del

giunge che il saggio degli interessi non può esser mantenuto al di là del 5 per cento in pregiudizio dei creditori posteriori. La legge austriaca del 27 maggio 1896 sul procedimento esecutivo (§ 216, n. 4) ammette allo stesso grado del capitale gl' interessi arretrati da non più di tre anni prima del giorno della seguita delibera: la legge germanica del 24 marzo 1897 concede il grado del capitale solo per la rata in corso al momento del sequestro e le due anteriori (§ 10). Qualora si ordini l' amministrazione forzata sia come procedimento autonomo sia congiunto a quello di subastazione, con gli utili si pagano, dopo detratte le spese, i tributi ecc., le rate *correnti* degl'interessi dei crediti ipotecari secondo l'ordine di preferenza, dovendosi il dippiù riservare per l'estinzione del capitale § 119 Legge austr. e § 155 Legge germanica.

2° è di 22 mila lire, dopo collocati entrambi, rimarrebbero 6 mila lire da ripartirsi pel pagamento degl' interessi.

Se non si seguisse questo sistema di ripartizione, potrebbe avvenire che *Primus*, venendo sul prezzo dell'immobile collocato oltre che pel capitale, per tutti gl'interessi successivi alla dichiarazione di fallimento e due annate anteriori, non lasci margine sufficiente per *Secundus*, il quale verrebbe per la parte del capitale rimasta scoverta a gravare sulla massa chirografaria.

E così questa subirebbe un danno maggiore di quello che il legislatore ha voluto, perchè mentre la legge limita il ricorso verso la massa chirografaria al caso in cui i beni ipotecati siano insufficienti all' estinzione del debito capitale, qui invece l'incapienza di *Secundus* sarebbe l'effetto del prelevamento degl' interessi conceduto a *Primus* per l'art. 2010 cod. civ. Aggiungasi poi la enorme disparità che si creerebbe fra *Primus* e *Secundus*: mentre quegli riceverebbe sia la sorte che gl' interessi, *Secundus* non potrebbe chiedere gl' interessi neanche fra i chirografari. Vero è che col nostro sistema *Secundus* si giova della protezione della legge data ai chirografari, in quanto si assicura la collocazione per tutto o per maggior parte del capitale, mentre per l'art. 2010 non avrebbe ottenuto eguali risultati, ma di questo vantaggio indiretto dei successivi inscritti non possiamo dolerci se abbiamo censurato tale disposizione come lesiva delle legittime aspettative dei creditori posteriormente iscritti. Ad ogni modo ciò non potrebbe fornir un argomento per adottare un diverso sistema, che sarebbe di grave e ingiusto danno per la massa chirografaria, la cui protezione il legislatore ebbe di mira.

Parmi quindi manifesto che la *mens legis* escluda l'estensione dell'ipoteca agl'interessi che maturano durante il fallimento. Per quelli anteriori dipenderà dal vedere se si sono legalmente prese iscrizioni particolari. Com'è noto, chi ha un'ipoteca convenzionale ha con ciò stesso il diritto di prendere, senza bisogno di nuovo consenso del debitore, iscrizioni particolari per gl'interessi a misura che scadono (arg. art. 2010). Ma è vivamente controverso se sia lecita l'anticipata iscrizione, in virtù del *patto*, per le annualità *future* in numero maggiore delle tre prevedute dalla Legge. Or se si nega tale facoltà, la questione per noi non sorge neppure: se si ammette, dovranno collocarsi col capitale le sole annualità che si trovino scadute al tempo del fallimento, perchè per le posteriori subentra l' impero delll' art. 700 cod. comm. che sospende anche pei creditori ipotecari il corso degl'interessi, quando non basta il valore dell'immobile a coprire tutti i debiti di capitali, di cui esso è oberato.

Nè un trattamento diverso a favore degl'Istituti di Credito Fondiario ci sembra possa desumersi dall' art. 33 della legge 17 luglio

1890, perchè se il curatore è tenuto a versare all'Istituto le rendite dei beni ipotecati, la legge fa salvo l'obbligo all' Istituto di restituire ciò che ha incassato a chi di ragione, per quel tanto per cui non risultasse utilmente collocato (art. 23 lett. f. della legge 6 marzo 1885). Donde la conseguenza che se gli altri creditori ipotecari non possono per effetto del fallimento pretendere la collocazione integrale dei successivi interessi, nol potrà neanche l' Istituto di Credito Fondiario.

Così il principio dell' art. 2010 cod. civ. non troverà nessun' applicazione quando il valore del fondo è assorbito dai capitali iscritti, ma se resta un supero, come dovrà ripartirsi tra i vari creditori aventi diritto agl'interessi? Per contributo, o secondo l' ordine delle loro ipoteche?

Il dubbio è grave ed è deplorevole il silenzio della legge.

A favore del contributo può dirsi che l'art. 2010 o si applica come è scritto o non si applica. Poichè qui gli interessi non prenderebbero mai il grado del rispettivo capitale che li produce, ma prenderebbero posto dopo collocati tutti i capitali, l' art. 2010 non verrebbe applicato che per via di adattamento, considerando il snpero come una massa autonoma. D' altra parte se *Primus* nel caso sopra enunciato prende sul sopravvanzo tutti gl' interessi a lui dovuti, a *Secundus* può capitare di ricevere poco o nulla, senza (si noti) diritto ad esser collocato neanche come chirografario.

A favore del rango ipotecario può osservarsi che la norma limitativa dell'art. 700 cod. comm. è unicamente intesa alla tutela della massa chirografaria, che nella quistione non ha verun interesse, talchè nei rapporti tra i varî creditori ipotecarî dee rimanere in vigore il diritto comune.

Ora a me sembra che, prima di risolvere la questione, bisogna porne esattamente i termini. Ci è stata o no un'efficace trascrizione di precetto? Se questa non si è fatta prima del fallimento o non se ne sono conservati gli effetti, non si può, a par mio, parlare di applicazione dell'art. 2010 nè diretta, nè indiretta, mancando il presupposto di quella norma. Epperò in via di massima dobbiamo, in applicazione dell'art. 700 cod. comm., ammettere il *contributo* de' vari creditori ipotecari rispetto al sopravanzo destinato agl' interessi.

Se un'esecuzione immobiliare fu validamente iniziata prima del fallimento, la questione da esaminarsi è anche più larga; bisogna cioè prima vedere se, conservandosi gli effetti del precetto, non debba per intiero applicarsi l' art. 2010, anzichè limitatamente al supero del prezzo dopo collocati i capitali.

Il dubbio è grave perchè conservandosi l'immobilizzazione dei frutti, che, secondo l' intenzione del legislatore se non nella realtà, è inti-

mamente connessa con la collocazione degl'interessi col grado ipotecario, parrebbe doversi anche rispettare il principio dell'art. 2010. Tuttavia, dopo qualche esitazione, mi sono convinto che il codice di commercio con la norma dell'art. 700 abbia, rispetto al corso e al grado degli interessi, implicitamente derogato al principio del rispetto dei diritti quesiti (concetto del resto assai vago ed elastico), in quanto ne ha regolato la collocazione in maniera incompatibile con l'art. 2010 cod. civ., disponendo, si noti, non pel solo caso in cui la vendita degl'immobili sia provocata dal curatore, ma in genere sotto la rubrica « della dichiarazione di fallimento e dei suoi effetti. »

Dal resto se si considera che il corso degl'interessi è del tutto sospeso per gli altri creditori, non è difficile spiegare il parziale sacrificio imposto agl'ipotecari, pel vantaggio collettivo dei chirografari.

Però dove l'incompatibilità delle due norme viene meno ed è possibile un'applicazione conciliativa, credo doversi dare la preferenza al diritto quesito, epperò ritengo che se fu promossa esecuzione particolare e debitamente trascritto il precetto immobiliare, qualora collocati i successivi capitali rimanga un supero, esso vada distribuito in ragione del rango ipotecario, a norma dell'art. 2010.

PROF. VINCENZO GALANTE

—

DELLA EFFICACIA ATTUALE DEI QUADRI O RUOLI ESECUTIVI NELLE PROVINCIE NAPOLETANE (*)

1. La giurisprudenza della corte di cassazione di Napoli e di quella di Roma ha fermato da più anni definitivamente che nelle provincie napoletane sono tuttavia vigenti i decreti del 30 gennaio 1817 e del 2 maggio 1823 sui quadri o ruoli esecutivi (1). Tentare una dimostrazione del contrario servirebbe a solo scopo accademico.

(*) BIBLIOGRAFIA — MIGLIACCIO, *Studi legali sui quadri o ruoli esecutivi*, Napoli, 1881; CAPOZZI, *Dei ruoli esecutivi nelle provincie napoletane e siciliane*, Salerno, 1882; DE DIVIS, *Dell' efficacia giuridica dei ruoli esecutivi eziandio contro gli eredi ed aventi causa dei debitori iscritti*, Bari, 1882; G. GARGIULO, *I ruoli o quadri esecutivi nelle provincie meridionali d' Italia*, Caserta, De Nobili e C., 1890; MIRABELLI, *Delle rendite perpetue*, Napoli, Corrado, 1892. Lo stesso scrittore inserì poi questa sua monografia nel libro sui *Contratti speciali*, Napoli, Marghieri, 1894, cap. III pagina 138 e segg.; GIANTURCO, *Lezioni sui diritti reali*, Napoli, 1892, pag. 98 e segg.; PERNA, *L' enfiteusi nel diritto antico e moderno*, Napoli, 1892, pag. 210 e segg.; C. FAZIO, *I ruoli o quadri esecutivi e le corti di cassazione di Napoli e di Roma*, Napoli, 1892; F. S. GARGIULO, *Sinossi dei ruoli esecutivi nelle provincie napoletane e siciliane*, Napoli, 1896; PUCA, *I quadri e ruoli esecutivi nelle provincie meridionali* (*Movimento giuridico*, 1898, 361); SCADUTO, *Quadri e ruoli esecutivi: competenza per la rinnovazione* (*Dir. e giur.* XIII, 121); SCADUTO, *Quadri e ruoli esecutivi: notificazione delle opposizioni* (*Rassegna giur. di Bari*, 1898, 17); SCADUTO, *Ruoli esecutivi: nullità della esazione basata sopra titolo nullo* (*Giur. ital.*, 1900, I, 1, 139); SOLIMÈNA, *Della competenza dei prefetti circa la rinnovazione dei ruoli nelle provincie napoletane* (*Cons. dei Comuni*, 1899, 305); V. GALANTE, *Della efficacia attuale dei ruoli e quadri esecutivi:* nota a sent. della cassaz. di Napoli in data 31 dic. 1902 (*Rivista pratica di dottrina e giurisprudenza*, Napoli, anno I, n. 3); R. PERRONE-CAPANO, *Se in sede di opposizione a coazione in virtù di ruolo esecutivo il debitore possa eccepire la prescrizione trentennale* (*Foro ital.*, 1903, I, 909). Per la esecuzione privilegiata in ispecie vedi: PUNTURO, *Le entrate comunali, riscossione con privilegi fiscali* (*Filangieri*, 1883, 109 e 217); DE SIMONE, *Il privilegio fiscale e le entrate comunali* (*Giur. ital.* 1890, IV, 111); L. DE SANTIS, *Il titolo necessario per procedere ad esecuzione forzata col mandato di coazione* (*Mon. dei pretori*, 1890, 369); DE LEO, *Procedura di riscossione delle rendite patrimoniali dei comuni, delle provincie e delle opere pie*, Foggia, 1898; STRACCA, *La riscossione delle rendite dei comuni e delle opere pie nelle provincie meridionali*, Frosinone, 1901; V. GALANTE, *Le coazioni dei tesorieri dei comuni e delle opere pie ed il visto del pretore* (*Giur. ital.* 1901, IV, 305).

(1) Per la giurisprudenza più recente vedi: cass. Napoli 31 gennaio 1894 e 13

Ma a me sembra, e l'ho notato già altra volta (1), che dalla stessa giurisprudenza si possa desumere un criterio distintivo di grande importanza, a cui nessuno, ch' io sappia, ha posto ancor mente.

2. Altra cosa difatti è sostenere che il quadro o ruolo esecutivo sia titolo sempre valido ed efficace, in quanto serve ad accertare il così detto possesso del diritto ad esigere (anzi il possesso ad esigere in cui si trovava il creditore nel 1806, ovvero la prova della esazione (2) fatta in qualunque tempo dopo il 1806) elevato a *titolo* (3), ed a supplire, in vantaggio dello stato e degli altri enti morali, compresi non solo i luoghi pii laicali e gli stabilimenti di beneficenza (4), ma anche i seminari diocesani (5), le chiese ricettizie (6) e i monasteri (7), ai titoli originari, spesso ignoti o dispersi, delle rendite e prestazioni antiche (8), fino a che la parte contro la quale il diritto si oppone non provi lei la insussistenza o la nullità

---

dicembre 1893, *Giur. ital.* 1894, I, 1, 1126 in nota; cass. Roma, 6 luglio 1892, *Giur. ital.* 1892, I, 1, 1141, con i richiami alla giurisprudenza anteriore, 20 marzo 1894, *Foro ital.* 1894, 479, 27 settembre 1894, *Giur. ital.* 1894, I, 1, 1052, 14 giugno 1895, ivi, 1895, I, 1, 592, 20 ottobre 1895, *Foro ital.* 1895, 1177.

(1) Vedi *Rivista pratica*, anno I, n. 3, nota citata.

(2) Non si richiedeva quindi il possesso non interrotto da oltre *tre* anni, che l' art. 103 n. 8 delle leggi di proc. civ. del 1819 volle, per concedere il diritto di sperimentare, per qualunque somma, davanti al giudice del circondario dove è sita la cosa, l' azione per esazione di censi o canoni di qualsivoglia natura, di terraggi, di decime e di altre prestazioni prediali, *nel possessorio*. — Si tenga presente il disposto dell' art. 82 del nostro cod. di proc. civ., che al n. 2 parla solo di *azioni possessorie*, tra le quali non andrebbero certamente quelle del n. 8 dell' art. 103 ricordato.

(3) Art. 57 del dec. 30 gennaio 1817 e art. 3 del dec. 2 magg. 1823.

(4) Decreti 5 febbraio 1828 e 10 ottobre 1827, in MIGLIACCIO app. I, p. 35 e 36.

(5) Decreto 19 aprile 1824, ivi p. 25.

(6) Decreto 16 nov. 1824, ivi, pag. 27,

(7) Rescritto 2 dicembre 1838, ivi, pag. 80.—Il decreto del 2 maggio 1823, art. 1, parla solo di « Mense e Benefici, che costituivano il patrimonio del già Monte Frumentario e delle Badie e dei Benefici di Regio Patronato, che nelle vacanze debbono ricadere alle rispettive amministrazioni diocesane ». — Per l' elenco dei diversi enti e delle disposizioni legislative che li riguardano, vedi MIGLIACCIO, op. cit. cap. IV, pag. 24 e segg.

(8) Tanto il decreto del 30 gennaio 1817 (art. 56) che quello del 2 maggio 1823 (art. 1) parlano di rendite costituite di ogni natura, canoni, prestazioni ed annualità di capitali. Una ministeriale del 31 marzo 1824 (in MIGLIACCIO, Append. I, pag. 24), ed in ispecie un' altra ministeriale del 22 luglio 1829 (ivi, pag. 50) intendono comprese anche le decime sacramentali. Ma un rescritto del 21 settembre 1839 (ivi, pag. 83), sul dubbio se debbansi rendere esecutivi i quadri formati e pubblicati dei debitori di decime sacramentali, dice che i detti quadri « dovessero valere soltanto per ora per lo interrompimento della prescrizione secondo trovasi prescritto col rescritto del 3 dicembre 1838. »

del diritto medesimo (1), o in via di *richiamo* (2), o in apposito giudizio (3): altra cosa invece è il dire che, alla base del ruolo, sia lecito tuttavia sperimentare la procedura di esecuzione privilegiata concessa dalle vecchie leggi dell'ex reame delle due Sicilie (4).

3. La prima cosa si desume chiaramente dall'art. 29 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile, dove si dice che « le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti i beni immobili a titolo di enfiteusi, subenfiteusi, censo, albergamento, od altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, *sono regolate dalle leggi medesime.* » Ma la seconda no.

Del che si pare l'evidenza ove si consideri: *a)* che questa non concerne più la forma e la efficacia intrinseca dei ruoli, ma il modo come la detta efficacia si estrinseca coattivamente; *b)* che sia illogico proclamare in vigore per gli enti morali in genere una procedura privilegiata, la quale, nata per le esazioni del fisco (5), è stata

---

(1) L'art. 57 del decreto 30 gennaio 1817, corretto dal decreto 27 luglio 1818, l'art. 3 del decreto 2 maggio 1823 e l'art. 1 del decreto 14 gennaio 1824 (in MIGLIACCIO, App. I, pag. 4, 17 e 21) si esprimono testualmente così: « In mancanza di titoli espressi, il *possesso* in cui il titolare o il di lui predecessore trovavasi nell'anno 1806 di esigere le dette rendite, *o* la prova dell'esazione effettuata dopo l'anno 1806, *varrà per titolo*; salvo al debitore ogni eccezione diretta a provare l'*inesistenza* o l'*annullamento* del medesimo. »

(2) Prodotto nei modi e nei termini stabiliti dall'art. 60 del decreto 30 gennaio 1817 e 6 del decreto 2 maggio 1823 e deciso dai tribunali civili delle provincie (art. 61 del decreto 30 gennaio 1817 e 7 del decreto 2 maggio 1823).

(3) Decreto 19 novembre 1817, in MIGLIACCIO, app. I, pag. 7; ministeriale 10 ottobre 1818, ivi, pag. 12; ministeriale 18 ottobre 1828, ivi, pag. 43; ministeriale 23 gennaio 1830, ivi, pag. 51; ministeriale 20 febbraio 1830, ivi, pag. 53; ministeriale 3 aprile 1830, ivi, pag. 55; ministeriale 22 maggio 1830, ivi, pag. 57. Tale giudizio si potrebbe proporre soltanto quando il magistrato competente non fosse stato già provocato a decidere in via di richiamo e non avesse sul richiamo deciso. Vedi MIGLIACCIO, op. cit. cap. VIII, pag. 79, che riporta due sentenze della cassazione napoletana, in data 6 settembre 1831 e 9 dicembre 1845. Vedi pure cass. Roma, 16 agosto 1892, *Corte S. Roma*, 1892, 261. Vedi però nello stesso MIGLIACCIO, app. I, pag. 55, la ministeriale 20 febbraio 1830.

(4) Decreto 3 luglio 1809 (art. 6 e 7), decreto 7 agosto 1809, decreto 8 nov. 1809, regolamento 25 febbraio 1810 (art. 64 e 69), legge 19 dicembre 1811, decreto 16 dicembre 1813, decreto 6 gennaio 1815 (art. 2), legge 12 dicembre 1816 (art. 242 e 243), decreto 30 gennaio 1817 (art. 67), regolamento 5 aprile 1817 (art. 67 e 68), decreto 2 maggio 1823, decreto 26 marzo 1839, decreto 11 ottobre 1833, decreto 8 febbraio 1836, decreto 7 maggio 1838, regolamento 4 ottobre 1858, decreto e regolamento 28 febbraio 1859.

(5) Il decreto 3 luglio 1809, fondamentale nella materia, « contiene un metodo certo ed uniforme di esazione per la *contribuzione fondiaria.* » Il decreto 7 agosto 1809 è pure relativo alla *contribuzione fondiaria*.

dalle nuove leggi di esazione delle imposte (1), proprio nei riguardi del fisco abrogata; *c)* che tutta la procedura privilegiata delle ricordate vecchie leggi contraddice ai pubblici ordinamenti procedurali in vigore (2).

4. Se è giusto il comune insegnamento che la forma degli atti va regolata secondo la legge del tempo in cui sono fatti, dovrebbe essere evidente come a torto si sostenga ancora:

a) che « il primo atto di procedura per lo ricupero degli estagli, canoni, prestazioni, annualità, ed in generale di ogni specie di rendita costituita ed esigibile, sarà un *mandato di coazione* rilasciato dal Ricevitore ai debitori morosi (art. 67 decreto 30 gennaio 1817). » Il quale mandato, purchè contenga l'*oggetto* della domanda, la *data* e la *natura* del titolo, una dilazione al pagamento non minore di giorni *tre* e la *vidimazione del giudice di pace* (oggi pretore) *del luogo di residenza* del ricevitore (3) tiene luogo di *precetto*: senza bisogno che preceda, o sia fatta contemporaneamente (art. 562 cod. proc. civ.), la notificazione del titolo esecutivo, malgrado la pubblicazione del ruolo non possa equivalere a quella, come non la equivale la pubblicazione di una sentenza del magistrato: senza bisogno che l'obbligato (debitore diretto, avente causa a titolo particolare, o erede) si trovi nominativamente indicato nel ruolo, malgrado l'art. 560 del cod. di proc. civ. prescriva che « i titoli esecutivi contro il defunto sono esecutivi contro gli eredi, ma non si può procedere alla esecuzione, se non cinque giorni dopo che siano stati loro notificati. » Il che significa che, trattandosi di esecuzione mobiliare, la quale non comincia col precetto, occorrerebbe la notificazione del ruolo esecutivo all'erede, almeno contemporaneamente a quella del precetto (4);

b) che sieno applicabili gli altri privilegi concessi dalle leggi

---

(1) Legge 20 aprile 1871, testo unico 23 giugno 1897 e nuovo testo unico 29 giugno 1902.

(2) Vedi in GALANTE, *Le coazioni* ecc. cit.

(3) Vedi all'uopo una circolare del prefetto di Napoli, in data 13 giugno 1876, in MIGLIACCIO, app. I, pag. 160.

(4) Il mandato di coazione e gli atti esecutivi si fanno in pratica quasi sempre da *messi* e da *intimatori* invece che dagli uscieri (vedi però l'art. 67 del decreto 30 gennaio 1817 citato), e il mandato si fa in carta non bollata. C'è al riguardo un garbuglio di disposizioni legislative, di circolari e di pareri del consiglio di stato. Di ció mi sono occupato nello scritto *Le coazioni dei tesorieri* ecc. innanzi citato. Secondo la legge di bollo (art. 27 n. 5 del testo unico 4 luglio 1897) sono esenti da bollo gli originali e le copie delle ingiunzioni emesse dalle amministrazioni governative contro i debitori dello stato per crediti non eccedenti le 30 lire, ed i relativi atti di esecuzione, che si ritengono pure esenti da registrazione. Questa esenzione è estesa anche agli atti esecutivi per la riscossione dei crediti, non eccedenti le lire 30, del fondo per il culto (CALAMANDREI, *Bollo e registro*, Firenze 1900, n. 712).

del regno delle due Sicilie. Onde deriva che i tesorieri, sperimentati (come dice il regolamento del 25 febbraio 1810) direttamente o a mezzo dei sindaci e dei parrochi, i mezzi di persuasione per indurre i debitori a pagare, possono tuttavia procedere alle *coazioni reali* contro i morosi, ossia al *sequestro* ed al *piantone* o guardia al domicilio. Il quale piantone, se deve trattenersi nella casa del debitore, deve ricevere da questo letto, lume e fuoco. Sperimentato insufficientemente lo invio dei piantoni, potranno ricorrere al sequestro ed alle vendite, o continuarli, se erano stati sospesi (1).

E che ciò sia stato proprio ritenuto sempre in vigore, si vede non solo dagli scrittori pratici, che si sono occupati dell'argomento (2), ma anche da una circolare del ministro degl' interni, in data 14 dicembre 1873 (3), dalla quale risulta, che essendosi ritenuto nelle provincie napoletane competa tuttora l' uso dei *piantoni militari* per la esazione delle rendite patrimoniali, ed avendo il ministero della guerra mosso difficoltà alla concessione dei soldati, «perchè inconciliabili (*sic*) con l' esigenza della disciplina e della istruzione della truppa, » rendevasi necessario adottare come temperamento l'uso « degli agenti della forza pubblica, ad esempio, delle guardie municipali e campestri : » il che non trova ostacolo (dice la circolare) « nelle citate leggi napoletane, non riscontrandosi in alcuna di esse, che sia prescritto in modo assoluto di valersi delle truppe pel servizio dei piantoni. »

Ad esser logici, poichè un decreto del 27 ottobre 1825 (4) provvede per la *titolazione* dei così detti *ruoli censuarii nei reali dominii oltre Faro*, i quali ruoli in sostanza non sarebbero altro se non dei *notamenti baronali,* che andrebbero equiparati ai *registri ed alle carte domestiche* (5), bisognerebbe sostenere ancora in vigore la così detta *mano baronale* (6). Ma non so chi potrebbe avere questo coraggio.

5. Non si creda in ogni modo che la procedura per *mandato di*

---

(1) Art. 59, 60, 64, 71 e 76 del regol. 25 febbraio 1810.

(2) Vedi in DOMENICUCCI, *Nuovo prontuario di leggi, regolamenti, disposizioni governative, massime ed istruzioni per le opere pie,* 2ª ediz., Napoli, 1876, pag. 470 e segg., e MIGLIACCIO op. cit. cap. XXVIII pag. 175 e segg.

(3) MIGLIACCIO, append. I, pag. 156.

(4) Vedilo in MIGLIACCIO, app. I, pag. 30.

(5) L. 7 Cod. *de probationibus* ; art. 1285 ll. civ, napolet. ; art. 1330 cod. civ. vigente.

(6) Una circolare del vicerè Caracciolo, in data 15 ottobre 1785 (in MIGLIACCIO op. cit. pag. 13), dice addirittura che qualora « i debitori o bordonai » trasportino fuori del territorio « li manipoli ossia gregne » o « qualunque sorta di produzioni o di bestiame... possano i baroni ossiano i loro governatori o segreti... di propria autorità pigliarla *(sic),* senza impetrare nè invocare altro aiuto giudiziale in qualsivoglia territorio, città, terra e luogo dove la troveranno ; » e chi si opponesse incorre nella pena « prescritta dalla Prammatica *tit. de femineriis,* tom. 3, § 21. »

coazione sia stata bandita dalle nostre leggi e che non esista piú oggi una procedura di esecuzione privilegiata. Basterebbe ricordare le *ingiunzioni* di cui parla la legge di registro (art. 134 del testo unico 20 maggio 1897, corrispondente all'art. 131 del testo unico 13 settembre 1874) e la legge di riscossione delle imposte dirette 20 aprile 1871 (ultimo testo unico del 29 giugno 1902) per avere la prova del contrario (1). Ma si tratta sempre di procedure, che per essere privilegiate, non vanno certo applicate oltre i casi specificamente contemplati, per quanto potrebbero essere in certa guisa riaccostate alla ben vagheggiata procedura *per mandato* (2), secondo la quale la regolarità formale di un qualsiasi titolo sarebbe sufficiente per ottenere l'autorizzazione ad eseguire, senza bisogno che preceda un solenne ed ordinariamente irrevocabile pronunziato del magistrato. In ogni modo i privilegi fiscali oggi concessi non sono più quelli che prendono origine dalle citate leggi del 1809. E se due mal redatti articoli della legge comunale e provinciale (art. 150) e della legge delle opere pie (art. 24) non avessero mantenuto viva la controversia, non si parlerebbe più di procedure privilegiate nemmeno per gli enti a cui la detta legge provvede, e tanto più quando non si trattasse di rendite dovute in base a quadri o ruoli esecutivi.

È da rilevare poi che i privilegi di esecuzione, secondo una regola generale contenuta nell'art. 69 del decreto 30 gennaio 1817, si limiterebbero in sostanza al solo mandato di coazione. Infatti, elasso il termine indicato nella « coazione o precetto, il Ricevitore demaniale deve immediatamente passare innanzi agli atti di esecuzione *colla regola e modi prescritti dal codice di procedura civile.* » Inoltre, nel decreto del 2 maggio 1823, mancano tutte le disposizioni, contenute nei tredici articoli (67 a 79) del capo 2° del decreto 30 gennaio 1817, che riguardano la procedura e le coazioni per la esazione delle rendite segnate nel ruolo. Onde se da un lato si può sempre dubitare che tale decreto si riporti agli articoli 67 a 79 citati, come è stato, ch' io sappia, senza controversia ritenuto, invece che alla legge comune; dall' altro, per ammettere, come si è fatto, la estensiva applicazione dei così detti privilegi fiscali anche alle esecuzioni in base dei ruoli, bisogna sempre risalire alle succennate leggi del 1809 e passar sopra a tutte le difficoltà, che si possono fare circa la loro attuale applicabilità (3).

---

(1) Vedi Clementini, *Della competenza e dei procedimenti speciali in ordine alle leggi amministrative*, Torino, 1893, vol. II, pag. 384; Calamandrei, *Bollo e registro, Firenze*, 1900, n. 214, pag. 176 ed autori ivi citati.

(2) Mortara, *Manuale*, II, ediz. 3ª, n. 699.

(3) Vedi non solo il mio scritto su le *Coazioni dei tesorieri* ecc. sopra citato, ma anche Migliaccio, op. cit. capo XXVII, pag. 175 e segg.

6. Di procedura privilegiata non si dovrebbe dunque parlare. Ed esulerebbe definitivamente dalla pratica giudiziale un altro errore fondamentale. La stessa confusione tra l'efficacia dei ruoli come titoli di credito tuttavia validi e la esecuzione privilegiata, concessa in base ai medesimi, ha perpetuato infatti la distinzione, in materia di quadri o ruoli, tra *petitorio e possessorio:* perchè, essendosi equiparato il ruolo al *giudicato*, ed essendosi contro di esso fatto salvo al debitore di provare l'inesistenza o l'annullamento del debito, si è detto che il ruolo è *un giudicato in sede possessoria.*

Il che se non si desume espressamente dalla legislazione napoletana al riguardo, certo trovasi ripetuto fino alla noia dalle ministeriali, emanate sotto l'ex-governo, per interpretarla (1).

Se i ruoli servono non soltanto per accertare il diritto ad esigere, che, in materia di rendite e prestazioni antiche, si ritiene, come si è detto, titolo sufficiente, ma anche per agire esecutivamente e con una procedura privilegiata; è chiaro che, non essendosi poi negato al convenuto il diritto di opporre la insussistenza dell' obbligo nascente dal ruolo, gli sia data la facoltà di far valere le sue ragioni in un giudizio di merito diverso da quello esecutivo incoato.

Tale giudizio di merito chiamano *petitorio*, in contrapposto all'altro, che, fondato sul possesso ad esigere accertato dal ruolo, si dice *possessorio.*

Ed ecco come si trovi scritto e deciso molte volte che l'ordinanza di esecutorietà, data al ruolo dall'autorità amministrativa competente, ponga termine a quella specie di giudizio di cognizione, seguito a norma dei decreti 30 gennaio 1817 e 2 maggio 1823; e il ruolo non possa essere più inficiato nella sua forza probante ed esecutiva, nè essere impugnato per mancanza di formalità, per nullità, per incompetenza (2).

7. Tutto ciò porta inoltre, *a*) non solo che il convenuto in possessorio, dovendo diventare attore in petitorio, abbia lui l' obbligo della prova: onde tante volte è stato deciso che non si può costringere la pubblica amministrazione, che agisce in virtù del ruolo, ad

(1) Vegganai le ministeriali del 23 gennaio, 20 febbraio, 3 aprile e 22 maggio 1830 citate, la minist. del 27 settembre 1834, in MIGLIACCIO, app. I,ª pag. 65, e, per la equiparazione del ruolo al giudicato, l' altra minister. del 4 marzo 1848, ivi, pag. 96.

(2) Vedi le sentenze della suprema corte di Napoli, 24 sett. 1829, in MIGLIACCIO, app. II, n. 2, 10 agosto 1830, ivi, n. 3,22 settembre 1842, ivi, n. 24, 21 marzo 1843, ivi, n. 27, 28 settembre 1843, ivi, n. 28, 30 aprile 1853, ivi, n. 55. — E in un rescritto del 5 luglio 1851 (in MIGLIACCIO, app. I, pag. 103) è detto che la rinnovazione del ruolo « non dà luogo a nuove eccezioni, » perchè le amministrazioni « vanno a rinnovare il titolo, e non mai ad esporsi a contestazioni, *le quali in virtù del titolo antico sono rimaste definite ed estinte.* »

esibire i documenti giustificativi della sua domanda (1); *b*) ma anche e specialmente che in sede di opposizione a coazione spedita in base a ruolo esecutivo non possa farsi questione dell'esistenza o meno del credito, della rescissione o annullamento del titolo originario, essendo questa materia soltanto di un giudizio petitoriale (2).

8. La disputa ferve ancora su questo punto. Ed è chiaro che non potrà cessare definitivamente, fino a che si parlerà, in materia di ruoli, di esecuzione privilegiata e di giudicato in possessorio. Chi legga la giurisprudenza al riguardo avrà come la impressione di uno che si dibatta nella camicia di Nesso: per erculei che sieno gli sforzi, resta sempre avvinto e si trova sempre da capo.

La corte di cassazione napoletana, fin dal 1842, con sentenza in data 8 marzo (3), parlò di differenze tra l'azione possessoria propriamente detta e quella derivante dal ruolo esecutivo.

Disse la corte: « Il giudizio dell'affissione del quadro è tutto particolare. Esso è un giudizio *sui generis*, che ben differisce dal giudizio possessoriale propriamente detto. Nel secondo si disputa del solo possesso (art. 127 proc. civ.): nel primo si deve enunciare il titolo del credito (art. 56 decreto 30 gennaio 1817). Nel secondo basta il possesso non interrotto da piú di tre anni: nel primo basta il possesso del 1806. Nel secondo la legge vieta di cumulare il possessorio col petitorio (art. 129 proc. civ.): nel primo è permesso al debitore difendersi nel merito e di provare l'inesistenza o l'annul-

(1) Cass. Roma, 9 aprile 1895, *corte S. Roma*, 1896, 302. — La citata ministeriale del 3 aprile 1830 dice appunto che « nella esistenza della iscrizione del nome del debitore sul ruolo esecutoriato, potendovi da parte del debitore istesso esser luogo a giudizio petitoriale, poichè in questo giudizio egli vi sta da attore, suo è per legge il peso di dimostrare la sussistenza della promossa azione, senza che in alcun caso possa obbligarsi il creditore ad esibire i titoli antichi, e che infino a quando il Magistrato, dietro le prove offerte dal debitore, non faccia diritto diffinitivamente all'azione dello stesso, non può senza manifesta violazione delle regole del diritto sospendere la efficacia del ruolo esecutorio. Questa efficacia non può cessare che in conseguenza di sentenza, la quale abbia fatto passaggio in cosa giudicata. »

(2) Cassaz. Napoli, 21 agosto 1897, *Foro napolet.* 1897, 24, 22 luglio 1899, *Foro napolet.*, 1899, 351, 21 dicembre 1900, *Dir. e giur.* XVI, 797. Veggansi pure: app. Trani, 28 gennaio 1896, *R. giur. Trani*, 1896, 310, 8 luglio 1895, *R. giur. Trani*, 1896, 59; app. Napoli, 24 agosto 1896, *Mov. giur.* 1896, 491.

Si noti che la distinzione fatta tra possessorio e petitorio varrebbe non solo pel debitore di rendite, ma anche per l'ente. Infatti la circolare del 27 settembre 1834, citata, dice « che i ruoli esecutorii sono operativi *nello stato possessivo*, a favore del creditore e contro al debitore; che lo stato possessivo non deve confondersi col *petitorio*, nel quale non è inibito *a qualunque interessato* di far valere le sue ragioni. » E conchiude, « che possono le pubbliche amministrazioni rivenire contro i ruoli resi esecutorii, in un giudizio plenario, quando con validi documenti sono nel grado di dimostrare il loro assunto. »

(3) Vedila in MIGLIACCIO, op. cit. pag. 93.

lamento del titolo del credito (art. 57 decreto 30 gennaio 1817). Nel primo la domanda è portata davanti al giudice circondariale, qualunque sia il valore della causa (art. 103 n. 8 c. pr. civ.): nel secondo la domanda è portata avanti il Tribunale civile di prima istanza e con rito abbreviato, salvo lo appello alla G. Corte (art. 62 decreto 30 gennaio 1817). »

A capo di 40 anni, la corte di cassazione romana (1) si avvolge sempre nello stesso circolo vizioso di motivi, ma decide che « i ruoli esecutivi nelle provincie meridionali non costituiscono giudicati di efficacia assoluta, ma relativa, limitata cioè all' esistenza materiale dei titoli espressi annotati nei quadri o ruoli esecutivi ed al fatto del possesso di esigere anteriore e posteriore al 1806; per guisa che anche dopo la formazione dei ruoli, potevano proporsi dai debitori le eccezioni petitorie, sebbene anteriori al periodo della formazione medesima, sempre quando beninteso, le dette eccezioni non fossero state nel detto periodo proposte e respinte. »

Con tutto questo che, a parte la motivazione, è certo sostanzialmente corretto, la corte suprema napoletana ha pure affermato il divieto del cumulo col petitorio (art. 445 c. proc. civ.) e persino l'applicabilità dell' art. 694 del cod. civ. (2), concedendosi l' azione di manutenzione contro gl' iscritti nei ruoli, l' esistenza dei quali viene « equiparata alla prova del possesso vivente (3). » È vero che la stessa corte suprema (4), per dare al magistrato il diritto di esaminare il titolo primordiale prodotto, ha deciso che l'azione nascente dai ruoli non può dirsi veramente possessoria, e che la cassazione romana (5) ha parlato di giudizio possessorio sui generis, non soggetto al disposto dell' art. 445, sebbene in esso non si possa discutere del merito. Però la cassazione napoletana, altra volta (6), pur ritenendo possessoriale sui generis il giudizio per pagamento di canoni in base a ruoli esecutivi, ritenne che quantunque l' ente, invece di agire in executivis avesse iniziato un giudizio di cognizione, non fosse ammissibile, in quella sede, nemmeno l' eccezione di prescrizione. E fino ad ora (7), la stessa corte di cassazione parla di « tendenze scientifiche ad allargare il sistema delle azioni possessorie » e di azioni possessorie ammesse « non solo come tutela del possesso, che si esplica mediante il rapporto fisico della persona con una parte del mondo esteriore,

(1) 16 agosto 1892, *Corte Supr. Roma*, 1892, 261.
(2) Cass. Napoli, 16 luglio 1884, *Gazz. proc.* XIX, 461.
(3) Perna, op. cit. n. 226, p. 223.
(4) 12 gennaio 1880, *Gazz. del proc.* XV 62.
(5) 1 maggio 1878, *Foro it.* 1878, I, 853.
(6) 30 giugno 1884, *Gazz. del proc.* XIX, 270.
(7) 4 luglio 1902, riportata dal Perrone-Capano, loc. cit.

ma eziandio di possesso civile (*sic*); » per conchiudere: « Potrà certamente il debitore far valere la prescrizione ed ogni altra eccezione perentoria contro il diritto alle prestazioni, in un giudizio che abbia cotesta finalità; ma non si possono confondere in un giudizio unico azioni e procedure diverse. »

9. Non sarebbe dunque il caso di ricorrere all'ammaestramento di un altro esempio antico, e recidere risolutamente, una buona volta, il nodo, che pare insolubile?

La via, per quanto riguarda la distinzione del possessorio e del petitorio non è difficile, essendo questa fondata sopra un errore di principii, e pare che la giurisprudenza voglia batterla davvero. Non molto difficoltosa a me sembra nemmeno per quel che riguarda i privilegi fiscali e per quel tanto che di essi ancora in pratica rimane.

Se il ruolo, in buona sostanza, è un titolo del credito di rendita o di altra prestazione, che un ente morale ha per legge, fondato sul solo possesso ad esigere in una determinata epoca, e che cede solo di fronte ad un titolo migliore, è inutile parlare di giudicato e di possessorio o di petitorio.

S'intende che per l'ente basta esibire il ruolo e che il titolo originario dev'essere invece esibito da chi, malgrado la sua iscrizione in esso, eccepisca la sua liberazione, o addirittura la insussistenza dell'obbligo; come s'intende pure che lo stesso preteso possesso ad esigere, sul quale si trova fondato il ruolo, ove non sia stato tra le parti discusso nell'apposito *giudizio di richiamo*, è solo presuntivamente stabilito a favore dell'ente; ma non toglie il diritto al debitore iscritto di far valere, quando che sia, ope actionis, o pure ope exceptionis, le sue ragioni in contrario.

E se ciò è, ossia se si può impugnare tanto la sussistenza del debito, che la veridicitá o la efficacia del possesso ad esigere su cui si fonda, perchè non si deve poter impugnare anche la forma del ruolo, e quindi la sua validità, sia originariamente che in rinnovazione? Non è questo forse un modo di negare la *sussistenza* del debito, o di sostenere il suo *annullamento*? La legge ha voluto solo che anche in questi casi vada a carico del debitore la prova. E niente altro. Si leggano bene le parole dell'art. 57 del decreto 30 gennaio 1817, dell'art. 3 del decreto 2 maggio 1823 e dell'art. 1 del decreto 14 gennaio 1824. Esse dicono testualmente così, e giova ripeterle, che « in mancanza di titoli espressi, il *possesso* in cui il titolare o il di lui predecessore trovavasi nell'anno 1806 *di esigere* le dette rendite *o* la *prova* dell'*esazione* effettuata dopo l'anno 1807, *varrà per titolo; salvo* al debitore *ogni eccezione* diretta a provare l'*inesistenza* o l'*annullamento* del medesimo. »

10. Abolita pure la esecuzione privilegiata, resterebbe a vedere

se il ruolo vada tuttavia annoverato tra i titoli esecutivi la cui efficacia si esplicherebbe secondo la procedura ordinaria. Rientrerebbe in questo caso tra i titoli ai quali dalla legge sia attribuito il carattere esecutivo (art. 554 n. 2 cod. proc. civ.). Ma parecchie riserve all' uopo si potrebbero fare. In genere va osservato, che se la esecutorietà è concessa come privilegio, e questo trovasi connesso ad una speciale procedura, sembra chiaro che, abrogata la procedura, proprio perchè privilegiata e contraria all' attuale ordinamento dei giudizii di esecuzione, sarebbe una contraddizione la sopravvivenza della esecutorietà: *in toto et pars continetur*. Non si dimentichi che la esecutorietà del ruolo si esplica in un *mandato di coazione*, il quale contiene qualche cosa di più del precetto, la *vidimazione* del pretore, che gli dà la efficacia esecutiva e suppone almeno un esame *formale* (1) ed è opera di un magistrato, per quanto siasi pur detto che il pretore lo firmi solo come garenzia di persona autorevole (2). Nè l'art. 29 delle leggi transitorie potrebbe invocarsi opportunamente. Quell' articolo riguarda il *merito*, diciamo così, e non il *rito*. E tutto questo, per di più, si riferma meglio, ove si ricordi che l' art. 103 delle leggi di procedura del 1819 non si trova più nel codice nostro.

Comunque, ammessa la esecutorietà, dovendosi nella specie applicare le regole che riguardano i titoli esecutivi contrattuali (art. 554 n. 3 cod. proc. civ.), è chiaro non solo che gli enti interessati possono rinunziare al giudizio esecutivo, per far precedere quello di cognizione, ma che i debitori possono far valere in via di opposizione al precetto tutte le ragioni che potrebbero, qualora il titolo portato contro di essi fosse non un ruolo, ma un qualsiasi altro titolo contrattuale munito di efficacia esecutiva.

11. Nella stessa giurisprudenza, che è sempre favorevole quando si tratta di serbare la sacra intangibilità dei ruoli, se parlasi ancora di possessorio e di petitorio, o per lo meno di giudizio sui generis, e per quanto codesta espressione, come tante altre simili, indichi sempre imprecisione di idee, tende oggi a prevalere il concetto che dall'atto di coazione si avvia solo per modo di dire la procedura che deve condurre direttamente alla esecuzione, perchè contro di esso si possono far valere tutte le eccezioni di merito.

La questione si presenta spesso in riguardo alla prescrizione. È stato quindi deciso molte volte che se un quadro o ruolo esecutivo sia stato rinnovato decorso un trentennio, il diritto ad esigere nascente dal ruolo medesimo si prescrive, e la eccezione di prescrizione può esser fatta valere anche in via di opposizione alla coazione

---

(1) Vedi il mio scritto *Le coazioni* ecc. citato.

(2) Cass. Roma, 6 dicembre 1883, *La Legge*, 1883, I, 801.

intimata in virtù del ruolo. E si badi: non si tratta della eccezione di prescrizione trentennale per titoli diversi dalla enfiteusi (giacchè per l'enfiteusi (1) non sarebbe necessaria la rinnovazione del ruolo), quando non sia stata la prescrizione interrotta da pagamenti o ricognizioni per parte del debitore, o, come pure è stato deciso (2), dalla rinnovata pubblicazione del ruolo od in altri modi legittimi; perchè invece si sostiene qualche cosa di più, e cioè che la rinnovata pubblicazione del ruolo senza opposizione da parte di un debitore in esso iscritto non osta a che egli possa eccepire, anche in sede di opposizione alla coazione, la prescrizione trentennale, che si fosse verificata prima della rinnovazione.

La coazione ha pure, nelle leggi relative, la sua specifica efficacia, specie riguardo alla prosecuzione degli atti esecutivi, malgrado la opposizione (art. 68 e 70 del decreto 30 gennaio 1817); ma la giurisprudenza più recente è assai poco incline a battere questa via ed a portare alle sue legittime conseguenze la regola che la coazione emessa in base al ruolo debba avere, come si esprime l'art. 70 del decreto 30 gennaio 1817, tutti gli effetti che la legge accorda agli atti portanti la esecuzione parata. Invano si è da qualcuno invocato una voluta analogia con alcune disposizioni nostre di diritto cambiario (3).

12. E trovasi altresì che la stessa cassazione napoletana, in una sentenza del 13 gennaio 1881 (4), dice che la coazione non sarebbe « equiparata al precetto che in due soli casi, dallo art. 68 della legge 30 gennaio 1817; quando i debitori non producono opposizione, o quando questa sia rigettata: e ciò perchè, nel primo caso, la mancanza di opposizione importa accettazione del debito, nel secondo,

---

(1) Cass. Roma, 7 maggio 1896, *Corte S. Roma*, 1896, I, 413.

(2) Cass. Roma, 10 agosto 1897, *Foro ital.* 1896, I, 953,

(3) Vedi in PERRONE-CAPANO op. cit. Quanto alla giurisprudenza, che decide per l'ammessibilità, in sede di opposizione, della eccezione di prescrizione, vedi: cass. Napoli, 31 dicembre 1902, *Rivista pratica*, I, n. 3, 17 marzo 1903, *Foro ital.* 1903, 909, 2 febbraio 1903, *Rivista pratica*, I, 107. Precedentemente vedi: cassaz. Napoli, 24 gennaio 1894, *Gazz. del proc.* XXVI, 256, 10 maggio 1895, *Giur. ital.* 1895, I, 1, 475, 28 ottobre 1895, *Foro ital.* 1895, 1177, 21 febbraio 1896, *La legge*, 1896, I, 470, 16 marzo 1899, *Giur. ital.* 1899, I, 1, 674. Però la stessa cassazione, il 21 dicembre 1900, *Dir. e giur.* XVI, 777, decise che « il difetto di rinnovazione dei quadri nei trenta anni, non fa venir meno il diritto alla riscossione delle rendite, segnatamente quando esse sono definite canoni enfiteutici. » E con sentenza del 22 luglio 1899, *Foro napolet.* 1899, 354 ritenne che « la rinnovazione del ruolo esecutivo, seguita dopo il trentennio, in mancanza di opposizione ad esso, rende ammissibile nella sola sede petitoria l'eccezione estintiva dell'obbligazione. » In questo senso è pure la sentenza del 2 luglio 1902 già ricordata.

(4) *Gazz. del proc.* XXI, 200.

perchè la sentenza che la rigetta diviene il titolo della ulteriore esecuzione: in tutti gli altri casi nei quali il debitore si oppone, la coazione si tramuta in domanda fatta in una forma *sui generis*, che resta sospesa dalla opposizione e che apre l'adito ad un formale giudizio di cognizione, a differenza del precetto mobiliare, che non resta sospeso dalla opposizione (art. 580 cod. proc. civ.). »

Per di più la cassazione di Roma, con sentenza del 27 settembre 1894 (1), decise essere in facoltà degli enti di rinunziare, se non in via generale e per tutti i casi, al privilegio della parata esecuzione a base dei ruoli, certo tutte le volte che, per l' oggetto della domanda e per le eccezioni facilmente prevedibili del convenuto, possa farsi luogo ad una vera contestazione; prescegliendo in tali casi la via dell' azione giudiziale. Ma dove se ne va con ciò la efficacia del ruolo come giudicato in possessorio ?

13. Anche quanto alla esecuzione privilegiata, la riluttanza dei capi delle milizie a far prestare i soldati d' Italia per un uso conveniente ai soldati borbonici (2) e la dissuetudine hanno fatto giustizia del piantonamento militare, malgrado che, pur abolito per la procedura di esazione delle imposte, nè amministratori nè giudici abbiano avuto finora il coraggio di dichiarlo abrogato per le riscossioni delle rendite degli enti morali.

La giurisprudenza poi, pur insistendo sempre nel dire non necessaria la notifica del titolo esecutivo al debitore (3) ed ai suoi eredi ed aventi causa a titolo particolare annotati in esso (4), notifica che non si può dir supplita, come si pretende, dalla pubblicazione dei ruoli, come non è supplita dalla pubblicazione di una sentenza o della cognizione di un contratto (5), ha ritenuto invece altre volte necessaria la notifica agli eredi, in applicazione dell'art. 560 del cod.

---

(1) *Giur. ital.* 1894, I, 1, 1052. Vedi pure: cassaz. Napoli, 10 dic. 1878, *Gazz. del proc.* XII, 605 e 30 giugno 1884, ivi, XIX, 270.

(2) Veggasi la circolare del ministro dello interno 14 settembre 1874, citata.

(3) Cass. Roma, 29 luglio 1876, *Corte suprema*, 1876, 240, 28 gennaio 1878, *Foro ital.* 1880, 195, 20 maggio 1879, *Gazz. dei Trib.* XXIX, 828, 30 maggio 1879, ivi, 813, 2 giugno 1880, *La legge*, 1880, II, 413, 6 nov. 1880, ivi, 195; cass. Napoli, 1 ottobre 1879, *Bull. del dem. e tasse*, 1879, 805, 22 gennaio 1880, *Gazz. del proc.* XV, 100, 14 dic. 1881, ivi, XVII, 17; cassaz. Palermo, 11 luglio 1879, *Bull. dem. e tasse*, 1879, 805.

(4) Cass. Napoli, 11 dicembre 1873, *Albisinni*, 1873, 235, 4 gennaio 1877, *Gazz. del proc.* XII, 352,20 dic. 1877, *Gazz. dei trib.* XXIX, 292,27 sett. 1878, *Gazz. del proc.* XIII, 546.

(5) La giurisprudenza citata si fonda su questo motivo e sulla interpretazione letterale dell'art. 67 del decreto 30 gennaio 1817, secondo il quale: « *il primo atto di procedura* per lo ricupero degli estagli ecc. sarà un *mandato di coazione* ecc. »

di proc. civ. (1), ed anche agli eventi causa, quando gli uni e gli altri non sieno annotati nel ruolo (2); mentre, di fronte alla lettera dell'art. 67 del decreto 30 gennaio 1817, ai rescritti del 5 luglio 1851 e 21 gennaio 1856, ora ricordati, ed agli articoli 584 (3) e 877 del codice francese (4), allora vigente nel napoletano, la questione potrebbe pur sostenersi identica.

14. Non è sorta, ch' io sappia, mai controversia circa la dilazione al pagamento, che invece di *tre* (art. 67 del decreto 30 gennaio 1817), si dà sempre di *cinque* giorni (art. 577 cod. proc. civ.). Invece, pur essendo stato altre volte deciso che la coazione vada equiparata al precetto, solo quando i debitori non producono opposizioni, o quando queste sieno rigettate, mentre in tutti gli altri cas« si tramuta in *domanda* fatta in una forma *sui generis* (5), » e che, potendo spedirsi « in forza del solo possesso ad esigere (6), » può stare anche senza la data e la natura del titolo sul quale è fondata (7), la giurisprudenza propende piuttosto a ritenere che queste indicazioni siano richieste a pena di nullità (8). Si dice che l'art. 67 citato ha voluto nella coazione i requisiti della citazione e del precetto ad un tempo e che, se la coazione non è titolo per sè, ma si richiama ad un titolo, deve contenerne le indicazioni, senza delle quali non può reputarsi efficace.

---

(1) Corrispondente agli art. 877 del cod. francese in vigore in queste provincie all' epoca del decreto 3 gennaio 1817, e 797 delle leggi di procedura del 1819.

(2) Cass. Napoli, 14 settembre 1861, in Migliaccio, app. 2, pag. 215. Contro: cass. Roma 15 maggio 1894, *Corte S. Roma*, 1894, 211. Veggansi però i rescritti 5 luglio 1851, in Migliaccio, app. I, pag. 103, e 22 gennaio 1856, ivi, app. I, pag. 113. Nel primo, tra l'altro, si dice « che il debitore non ha altro obbligo, se non quello di apprestare un titolo nuovo nei termini stessi dell'articolo, cui nulla dee aggiungere a quanto nel primo si contiene, talchè irregolare andrebbe a divenire il titolo nuovo, se altri nomi ed altre tracce si comulassero a rendere maggiormente efficace la ragion creditoria. » Nel secondo invece é detto: « La Maestà sua si è degnata permettere che nel rinnovarsi i ruoli esecutivi vi si aggiungano *per semplice indicazione* i nomi dei debitori attuali aventi causa degli antichi; salvo loro il reclamo davanti l'autorità competente, da sperimentarlo nei modi ordinarii. »

(3) Corrispondente all'art. 674 delle leggi di procedura del 1819 e 562 del cod. di proc. nostro.

(4) Vedi innanzi gli art. corrispondenti del cod. napoletano e del nostro.

(5) Cass. Napoli, 4 marzo 1882, *Gazz. del proc.* XVII, 417. »

(6) Cass. Napoli, 13 gennaio 1881, *Gazz.* del *proc.* XVI, 220. »

(7) Cass. Napoli, 13 gennaio 1881, e 4 marzo 1882, citate.

Vedi pure: cass. Napoli, 8 aprile 1897, *Dir. e giur.* XIII, 78 e 15 maggio 1897, *Riv. di dir. eccles.* 1897, 456; cass. Roma, 25 gennaio 1898, *Gazz. del proc.* XXIX, 155.

(8) Cass. Napoli, 10 agosto 1897, *Gazz. del proc.* XXVIII, 549, 16 marzo 1899, *Trib. giudiz.* 1899, pag. 171, 21 aprile 1900, *Foro ital.* 1900, 801; cass. Roma, 16 ottobre 1894, *Foro ital.* 1894, 1302, 10 agosto 1896, ivi, 1896, 953.

15. Malgrado tutto ciò, la stessa cassazione di Roma (1) ha deciso esser valido il mandato di coazione che sia stato vidimato e reso esecutivo dal pretore, sebbene nella copia notificata al debitore non si faccia menzione di tale vidimazione. La corte ha detto che « la sola formalità richiesta per la validità dei mandati di coazione è che essi sieno vidimati e resi esecutivi dal pretore; e se il suddetto art. 67 prescrive che i medesimi debbono poi essere notificati per atto di usciere, non impone però che in siffatte notificazioni si faccia menzione della vidimazione e della esecutorietà datavi dal pretore, quando queste realmente esistono nell'originale. » A fil di logica, potrebbero, nella copia notificata, mancare anche gli altri requisiti richiesti dall'art. 67 del decreto 30 gennaio 1817: e il debitore deve mandar buona un' esecuzione, senza sapere quale sia il debito pel quale si procede, in base di quale titolo si agisca, e se la ingiunzione spiccata contro di lui sia stata resa esecutoria. Se tutto ciò è cosa di poco momento, passi pure: ma a me sembra proprio il contrario. Che nella copia intimata non vi debba essere l'autografo del pretore (2), sta bene. Ma che nella copia non debba proprio farsi menzione della esecutorietà conferita alla ingiunzione, quando tale esecutorietà si ritiene pure a pena di nullità (3), quando per le stesse citazioni si ritiene che alcuni requisiti devono proprio risultare anche dalla copia (es. la sottoscrizione dell'usciere), e quando si potrebbe pur sempre sostenere che la vera ragione, per la quale la coazione andrebbe intimata senza che preceda la notifica del titolo, stia nel fatto che essa è resa per sè stessa esecutoria in virtù della vidimazione del pretore, mi pare evidente che non possa meritare approvazione. S' intende però che in questo caso la coazione non potrebbe dirsi, come fece la cassazione romana (4), atto amministrativo; perchè la vidimazione del pretore, è proprio un atto giudiziario e non equivale affatto, come pretese allora la detta suprema corte, alla firma che sta solo quale garenzia di persona autorevole.

16. L' ultimo colpo alla efficacia dei ruoli come titoli portanti la esecuzione parata non solo, ma anche autorizzanti una esecuzione pri-

---

(1) 18 gennaio 1901, *Foro ital.* 1901, 214.

(2) Cass. Roma, 29 gennaio 1879, *Foro ital.* Rep. 1879, voce *Registro,* n.° 112, e 29 novembre 1883, cit. dal GORI, *Trattato delle tasse di registro*, Firenze 1888, 590. Vedi pure CALAMANDREI, *Bollo e registro* cit., n. 214.

(3) App. Palermo, 3 marzo 1899, *Foro ital.* Rep. 1899, voce *Esazione*, n. 287. Vedi pure CALAMANDREI, op. e loc. cit.

(4) 6 dicembre 1882, *La legge* 1883, I, 801. Sotto questo punto di vista si sostiene che il visto per le esecutorietà dato dal pretore non debba essere controsegnato dal cancelliere, o non debba esserlo almeno a pena di nullità. Vedi CALAMANDREI, op. e loc. cit.

vilegiata, è dato dalla questione, che si fa in riguardo alla forma da seguire per la rinnovazione dei medesimi. La rinnovazione fatta sesecondo le regole ordinarie del diritto riporta il ruolo nella categoria dei comuni titoli creditorii (1).

Il fatto poi che gli estratti dei ruoli o quadri « iscritti (2) nei registri ipotecari siano ammessi nei giudizi di graduazione a far prova dei diritti di dominio o di credito, secondo le indicazioni che vi si contengono, e diano privilegio od ipoteca a pregiudizio dei terzi, senza che i corpi morali che figurano creditori sieno obbligati ad esibire il titolo primordiale », sta indipendentemente dalla efficacia coattiva e di esecuzione privilegiata che fosse inerente al ruolo.

17. Comunque, rimane sempre esatto che dalla stessa giurisprudenza si può trarre, come dicevo, il fondamento a distinguere l'efficacia del ruolo in quanto sia atto a provare il possesso ad esigere, ritenuto sufficiente in materia di rendite e prestazioni antiche, da quella che esso avrebbe altresì per agire coattivamente contro i debitori che vi sono segnati, ed anche contro i loro eredi ed aventi causa, a mezzo di una procedura privilegiata.

E per certo, ove si guardi alla sostanza, molte delle decisioni ricordate autorizzano a conchiudere che chi sostiene che la procedura di esecuzione privilegiata, in base ai quadri o ruoli esecutivi, deve intendersi oggi abrogata, non può esser poi accusato di eresia da chi, pur ritenendo quella procedura in vigore, finisce col negarle ogni efficacia nelle applicazioni, e in ispecie permettendo che all'atto di coazione, col quale si inizia, si contrappongano paralizzatrici delle eccezioni, le quali sarebbero ammessibili solo in difetto di qualsiasi titolo, o quanto meno di un titolo portante la esecuzione parata, qual'è il ruolo esecutivo.

18. Bisogna però subito notare che, contro la sullodata giurisprudenza, non si può ancora proclamare battaglia vinta. Infatti la tesi della non abrogazione della procedura esecutiva privilegiata trova pur sempre un largo campo d'applicazione nella materia della esazione delle rendite di alcuni enti morali (comuni, provincie, enti di bene-

(1) Sulla questione veggansi in ispecie MIGLIACCIO, op. cit. cap. XXIII, pag. 148 e segg.; MIRABELLI, op. e loc. cit.; SCADUTO, op. e loc. cit. Veggansi pure, in in diverso senso, le più antiche cioè per la rinnovazione nella forma delle leggi speciali e le più recenti per la rinnovazione nella forma ordinaria, le circolari 12 aprile 1872, in MIGLIACCIO, app. I, p. 154, 1 nov. 1874, ivi, pag. 133, 28 nov. 1874, ivi, pag. 135, 19 ottobre 1877, ivi, pag. 136, 13 aprile 1878, ivi, pag. 162.

(2) Rescritto del 24 luglio 1846, in MIGLIACCIO, app. I p. 90. Vedi pure minist. 3 aprile 1830, ivi, pag. 55, minist. 22 maggio 1830, ivi, p. 57 e rescritto 29 aprile 1854, ivi, p. 108.

ficenza), fatta non tanto in base ai ruoli esecutivi, quanto in base a qualsiasi altro titolo, come ho avuto motivo di esporre altrove (1).

Resta molto a sperare nel tempo, che, come ha fatto giustizia del piantonamento militare, finirà per liquidare anche quella gran massa di beni differenti dalle imposte e dalle rendite iscritte sul gran libro, i quali alimentano tuttavia, per tre quarte parti, la sola caterva magna degli amministratori degli enti morali. A meno che il parlamento non si decida una buona volta a far tabula rasa di tanto vecchiume.

---

(1) *Galante, Le coazioni* ecc. cit.

Avv. Giuseppe Morvillo

I PAGAMENTI ANTERIORI ALLA SENTENZA DI CONDANNA

Una numerosa giurepredenza ritiene che, se nel giudizio di condanna non si sollevò alcuna quistione di soddisfazione del debito, non sia vietato al debitore di sostenere in un'altro giudizio che tale soddisfazione era già avvenuta.

Ci piace ricordare al proposito le seguenti sentenze: Cassaz. Napoli 9 gennaio 1899, 28 luglio 1894, 28 maggio 1898, 26 ottobre 1899; Cassaz. Torino 11 maggio 1897, 7 aprile 1892; Cassaz. Palermo 16 agosto 1901; App. Venezia 28 giugno 1894; A. Trani 5 ottobre 1894; A. Genova 17 dicembre 1895.

In senso contrario troviamo solamente una sentenza della Cassaz. di Napoli del 17 febbraio 1900 in causa Galli-Cosentino (*Movimento Giurid.* 58).

Ci sembra però che la giureprudenza prevalente batta una via falsa, spintavi da un certo sentimentalismo, consistente nell' offrire al debitore un' altra àncora di salvezza per dimostrare i pagamenti fatti e non opposti nel giudizio nel quale riportò condanna; e che debba battersi la via opposta per rispetto alle norme di rito ed a quelle del giudicato.

***

La nostra Corte di Cassazione nella sentenza del 26 ottobre 1899 ebbe a ragionare così:

« Come pure se trattasi di pagamenti avvenuti pria della sua prolazione, allora quando la eccezione *de soluto* non fu ventilata in linea di cognizione sono anche opponibili in esecuzione. Ove poi di soddisfazione si discusse ed il magistrato ne giudicò fino al punto di ammetterla o respingerla non è dato alle parti rinnovare la disputa negli stadii ordinarii della lite per altre àpoche *de recepto* rinvenute ed aventi data anteriore. E ciò perchè l'eccezione fu annientata e la azione fu spogliata da ogni attacco essendosi ad essa spianata la via per giungere alla sua ultima meta, cioè ad ottenere il completo pagamento del credito pel quale si agisce. Il sistema contrario tende-

rebbe al completo annientamento del giudicato ed al riesame di una eccezione già discussa, facendo risorgere un ostacolo già definitivamente rimosso.

Nella sentenza invece del 17 febbraio 1900 si legge:

« Deve il titolo, da cui lo eccepito pagamento vuolsi desumere, avere una data posteriore alla sentenza base della esecuzione, poichè se la data del titolo fosse anteriore, il fatto del pagamento che avrebbesi potuto dedurre prima della pronunzia del magistrato rimarrebbe dalla pronunzia stessa coperto, chè il giudicato si forma tanto sulle eccezioni e difese espressamente reiette, quanto su quelle che potevansi dedurre o non lo furono. »

***

Incominciamo dal supporre un caso di giudizio di cognizione per pagamento di somme. Tizio conviene Caio in giudizio per sentirlo condannare al pagamento di lire mille dovutegli per altrettanta somma mutuata, oppure al pagamento di lire ottocento dovutegli come resta sulla somma maggiore di lire mille. Caio, presente o contumace, non fa alcuna impugnativa, non deduce di avere pagato qualche cosa o di avere pagato di più.

Il magistrato emette sentenza con la quale condanna Caio a pagare le lire mille o le lire ottocento a Tizio.

Ora, chi non vede che tanto Tizio con la sua citazione, quanto il magistrato con la sua sentenza, pongono a base la mancata o parziale soddisfazione del debito da parte di Caio? Senza tale necessario presupposto Tizio non avrebbe citato Caio, non avrebbe asserito di dovere avere lire 1000 od 800, nè il magistrato avrebbe emesso analoga condanna.

Colla sentenza, dunque, resta fissato che Tizio è tuttora creditore di Caio di lire mille od ottocento, e per lo meno che tale era la posizione delle parti fino al passaggio in decisione della causa cioè fino a quando le parti erano in grado di determinare la contestazione della lite con deduzioni ed eccezioni: ci troviamo quindi di fronte ad un vero e proprio giudicato, per cui Caio ? non può più eccepire pagamenti fatti anteriormente al passaggio in decisione della causa, ma solo pagamenti fatti posteriormente.

Ed invero era quella la sede, nella quale Caio avrebbe dovuto impugnare le affermazioni del creditore, avrebbe dovuto eccepire maggiori pagamenti. E se non in prima istanza, poteva eccepirli in appello (art. 490 c. p. c.), ma se egli o accetta la sentenza di prima istanza o neanche in appello fa tali eccezioni, la sentenza, che pone suggello alle affermazioni dell'attore non contraddette dal convenuto,

è giudicato e come tale non può essere modificata se non per pagamenti posteriori.

Nè certo vale il dire che di giudicato non si può parlare, perchè il convenuto non sollevò quistioni di pagamento. Sarebbe strano che quando le affermazioni dell' attore non sono contraddette dal convenuto, il giudicato non si formi. I convenuti avrebbero trovato un comodo sistema per rinnovare i giudizii, mercè la loro contumacia o il loro silenzio.

***

In genere tanto la dottrina che la giureprudenza sostengono che però l' eccezione *de soluto* deve essere fondata su prova precostituita, su una scrittura: p. es. sopra una quietanza ricuperata.

Ma — a prescindere che non si comprende tale limitazione — giova osservare che dopo quanto abbiamo esposto neanche una quietanza ricuperata può aprire l'adito ad una discussione sopra pagamenti anteriori al passaggio in giudicato della causa di merito, ossia fino a quel punto del giudizio precedente che era lecito eccepire i pagamenti.

Solamente se la quietanza non si potette esibire per conto dell'altra parte, sarà il caso di sperimentare il rimedio del ricorso per rivocazione, sottoponendosi al deposito, ai termini ed alle altre forme prescritte dalla legge.

Ma se la mancata esibizione della quietanza non è imputabile all'altra parte, il debitore non può che imputare a sè stesso le conseguenze della propria negligenza. E sarebbe addirittura strano, che mentre il legislatore è stato così rigoroso per colui che non ha potuto esibire un documento per colpa dell'altra parte, sia stato poi così indulgente per colui che non ha potuto esibire tale documento per colpa..... sua! Il supporre ciò, sarebbe fare ingiuria al legislatore.

Nè vale il dire che oltre il caso previsto per la rivocazione, vi possono essere tanti altri casi per cui la parte non può esibire il documento. Il nostro legislatore non ha contemplati questi altri casi, non ha mai detto che il giudizio si possa rifare all'infuori del caso della revocazione.

In conseguenza resta fermo che il debitore deve nel giudizio di cognizione eccepire i pagamenti ed ivi chiedere i mezzi istruttorii opportuni. Al proposito giova solo ricordare che il nostro legislatore coll'art. 1348 ha facultato il creditore — e quindi anche il debitore — a provare anche per testi le obbligazioni superiori alle lire 500 quando non sia stato possibile procurarsi il documento o quando il documento si sia perduto in conseguenza di un caso fortuito e derivante da forza maggiore. Il debitore quindi — che si trova in questi casi — può nel

giudizio di cognizione chiedere la prova per testimoni anche nel caso di pagamento superiore alle L. 500. Non può però — solo perchè non trova il documento in questi e negli altri possibili casi o perchè non gli faccia comodo di esibirlo — accettare le deduzioni del creditore e poi in linea di esecuzione esibirlo e pretendere di modificare la sentenza di condanna — già rivestita della autorità del giudicato.

*
* *

Queste in succinto le nostre ragioni.

La opposta tesi mette i litiganti in una condizione strana e riduce i giudizii a.... giudizii da ridere.

Il creditore che cita il debitore oltre a dimostrare la origine del suo credito, dovrebbe anche assumersi l'obbligo di dimostrare la non soddisfazione del debito, anche nel caso che il debitore nulla opponga e si lasci condannare.

Se questo è giusto e se contribuisce alla serietà ed economia dei giudizii lo dicano gli stessi sostenitori dell' opposta tesi.

Avv. Michele Petrone

UNA QUESTIONE IN MATERIA DI OPPOSIZIONE DI TERZO A SENTENZA

È tuttora argomento, in dottrina e giureprudenza, di viva disputa la questione, se ai creditori ipotecari competa la opposizione di terzo avverso le sentenze pronunziate contro i loro debitori, sol che pregiudichino esse ai loro diritti, oppure unicamente nel caso che siano le medesime l'effetto di dolo o collusione a loro danno; e noi crediamo di spendervi su poche parole, non perchè pretendessimo di poter troncare così senz'altro il nodo gordiano, ma unicamente perchè sembraci vada essa, per la sua retta risoluzione, trattata da un punto di vista più generale.

Infatti, di fronte alla circostanza che l'unica disposizione della procedura civile, che faccia menzione della opposizione di terzo competente ai creditori, l'art. 512 cioè, limitasi a stabilire il termine entro cui va dessa proposta e parla, innanzi tutto, di creditori in genere, senza distinguere se chirografarii o ipotecarii, e quindi unicamente di opposizione a sentenza che sia l'effetto di dolo o collusione a danno dei creditori, sorge spontanea la domanda: ma ai creditori, siano essi chirografarii od ipotecarii, competerà la opposizione di terzo a sentenza che pregiudichi ai loro diritti, anche se non sia l'effetto di dolo o collusione?

A risolvere adeguatamente la controversia fà d'uopo, prima di ogni altra cosa, ricercare se la legge consideri la persona del creditore mai sempre come un avente causa del debitore, oppure in lui ravvisi, sotto certi rapporti ed in determinati casi, anche la veste di terzo, in quanto gli riconosca la facoltà di agire in proprio nome contro atti posti in essere dal suo debitore. In altri termini, il debitore rappresenta per legge sempre, in tutti gli atti e negozi giuridici che compie, i creditori, oppure la legge istessa, in determinati casi, esclude tale rappresentanza?

Poichè la qualità di *avente causa* è incompatibile con quella di *terzo*, in quanto la prima importa rappresentanza dell'avente causa istesso

da parte del suo autore e l' altra esclude invece onninamente l' esistenza di siffatta rappresentanza, la disamina su cennata è manifestamente d'importanza capitale.

Infatti, data in un individuo l' esistenza della qualità di avente causa come nascente da un determinato rapporto giuridico, la simultanea esistenza nello stesso individuo della qualità di terzo, come filiazione diretta del medesimo rapporto giuridico, di cui sopra, non può, per effetto della incompatibilità di sopra cennata, evidentemente ammettersi se non per espressa disposizione di legge, la quale, per la sua indole eccezionale, non potrebbe non avere applicazione restrittiva.

Ciò posto, e posto altresì che il nostro legislatore, avuto riguardo all' essenza dei rapporti intercedenti tra creditore e debitore ed allo interesse del creditore, che si sostanzia nella conservazione del patrimonio del debitore, riconosce espressamente nel creditore istesso la veste di *avente causa* del debitore, allorchè, nell'art. 1234 cod. civ., gli attribuisce l'esercizio dei diritti e delle ragioni competenti al debitore medesimo; ne consegue evidentemente che, in tanto, in un determinato caso, di fronte ad un atto posto in vita dal debitore, potrà il creditore avere la qualità di *terzo*, e come tale insorgere contro l'atto medesimo, in quanto tale qualità vengagli espressamente riconosciuta dalla legge, e ne consegue altresì che una disposizione siffatta non sarà, per le ragioni già cennate, estensibile ad altra ipotesi non contemplata. Ora, in quale ipotesi ciò potrebbe verificarsi?

Il debitore, che difende i proprii beni dagli attacchi altrui, difende, ciò facendo, anche gl'interessi dei creditori, i quali tendono del pari allo scopo della conservazione di tali beni, donde la rappresentanza dei creditori da parte del debitore, allorchè questi esplica tale difesa. Ma se egli, anzichè difendere i proprii beni dagli attacchi e dalle pretese altrui, si colluda coll' avversario, e, o contratti addirittura, oppure, mercè dolosa acquiescenza a tali pretese, o trascurando i mezzi di difesa, dei quali dispone, si metta in condizione da dover essere dichiarato soccombente nel giudizio, in tali ipotesi non è chi non vegga come l'evidente conflitto d'interessi, che per tal modo viene a sorgere tra il debitore, il quale, anzichè conservare, sottrae o distrae, ed il creditore, che vede diminuite o distrutte le sue garentie, faccia venir meno nel primo la rappresentanza dell' altro relativamente a tale atto lesivo dei diritti di costui. Ora, come in tal caso non riconoscere nel creditore il diritto d' impugnare un atto simile, una sentenza siffatta, come non riguardarlo, cioè, *terzo* rispetto ad essi?

Da ciò la disposizione dell' art. 1235 cod. civ., che attribuisce ai creditori il diritto d' impugnare *in proprio nome* gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni.

Ma, oltre che in questo caso, in nessun altro la legge fa eccezione al principio generale, pel quale il debitore, come dante causa del suo creditore, ha la rappresentanza del medesimo negli atti che compie, donde la conseguenza che, fuori di tale ipotesi, il principio succennato imperi nella sua integrità.

Delineata così la posizione giuridica del creditore di fronte al debitore alla stregua delle due disposizioni di legge di sopra cennate, quali le conseguenze di essa riguardo alla questione in esame? Può ritenersi che, rispetto al giudicato, siffatto principio soffra eccezione e cessi quindi nel debitore la rappresentanza del creditore sol che il giudicato istesso nuoccia a quest' ultimo? In altri termini, rispetto al giudicato lesivo delle sue ragioni, il creditore è reputato come terzo, astrazione fatta dall' esistenza o meno di frode da parte del debitore? Evidentemente no, giacchè in caso contrario si verrebbe a stabilire un' eccezione là dove la legge non ne fa, si verrebbero a fare distinzioni che nella medesima non si leggono, si violerebbe, insomma, la legge istessa nei termini ond' è concepita e nello spirito che la informa, una volta che, da una parte, l'art. 1235 già riferito parla di *atti* in genere, senza distinzione alcuna, e, dall' altra, non v' è ragione, perchè il giudicato avesse dovuto esser riguardato in modo diverso dagli altri atti, anzi ritenuto più che questi pericoloso per i creditori, quando, invece, merita maggior fede di quelli e meno di quelli prestasi il giudizio alle male arti ed alle frodi del debitore. Ed il codice di rito conferma il principio, di cui sopra, allorchè nel capo IV del titolo V, libro 1°, nel quale è parola della opposizione di terzo alle sentenze, limitasi, nell'art. 512, a disciplinare, rispetto al giudicato, il diritto d'impugnativa ai creditori competente, in base e per l'oggetto, di cui all'art. 1235 cod. civ., senz' aggiungere altro.

Se, per vero, ai creditori competesse la opposizione di terzo a sentenza, sol che questa pregiudichi ai suoi diritti, perchè mai la legge avrebbe disciplinato solo il caso dell'opposizione a giudicato che sia l'effetto di dolo o collusione, e, per dippiù, con limitazione del termine, nel quale va proposta, quando, da una parte, bisognevole di più rigorosa disciplina sarebbe la opposizione a giudicato semplicemente pregiudizievole, per i possibili abusi inerenti alla maggiore estensione dell'ipotesi ed all'elasticità d' interpretazione cui prestasi; e, dall' altra, certamente più meritevole di riguardi, per la maggiore gravità del caso, e quindi bisognevole di minore limitazione in ordine al termine di sua proponibilità, si appalesa l' ipotesi di opposizione a giudicato dipendente da dolo o da collusione?! La cosa, per verità, è d'una evidenza così intuitiva, che non occorre insistervi davvantaggio.

La circostanza che l' art. 512 proc. civ., limitandosi a discipli-

nare il termine entro cui va proposta la opposizione di terzo a sentenza che sia l' effetto di dolo o collusione, non è se non un complemento dell'art. 1235 cod. civ., che presuppone, ed il non tollerare questo applicazione estensiva sono di assoluto ostacolo all' ammessibilità dell' opinione da taluni professata (1), che i creditori ipotecarii non siano rappresentati dal debitore nei giudizii istituiti posteriormente all' iscrizione dell' ipoteca e sia, quindi, loro consentita l' opposizione di terzo avverso le sentenze, colle quali siano stati definiti tali giudizi sol che le medesime siano a loro pregiudizievoli.

Invero siffatta opinione importa estensione di una disposizione di legge oltre i termini ond' è concepita e contro lo spirito che la informa, in quanto pretendere siano i debitori ipotecari terzi di fronte a sentenze che riguardino i loro creditori, sol che le medesime li pregiudichino, significa introdurre una distinzione non espressa dalla legge, che parla di creditori in genere, senza distinguere tra chirografari ed ipotecari, e contraddire, quel che più monta, al principio generale già espresso, pel quale, in tanto può venir meno nel creditore la qualità di avente causa del suo debitore, in quanto questi, col fatto proprio, abbia dato luogo ad un conflitto d'interessi tra lui ed il creditore istesso: ora non può dirsi che tale conflitto abbia luogo senza la mala fede del debitore, sol che esista una sentenza pregiudizievole alle ragioni del creditore.

Abbia pure il debitore presentate e sostenute male le sue ragioni in giudizio: egli, quando non ha fatto ciò maliziosamente o d'accordo coll'altra parte, non è civilmente imputabile — ci si passi la frase — di fronte al creditore, in quanto manca in lui la deliberata intenzione di far cosa pregiudizievole al medesimo. Non avendo egli voluto il danno proprio, non avendo agito per ottenere, mercè la propria soccumbenza, la distruzione o diminuzione del suo patrimonio, non può dirsi non abbia operato avendo di mira la conservazione del patrimonio, nella quale si concretizza l'interesse del creditore; e se ciò non può dirsi, è a ritenere senz' altro che avesse egli nel relativo

---

(1) Laurent, XX, n. 105 — Marcadé, art. 1351, n. 11 — Pescatore, Spos. comp. I, 205 — Pacifici - Mazzoni, Ist. III, p. 216, n. 3 — Mattirolo, vol. 4 — Cass. Tor. 20 giugno 1885, Giur. it. p. 745; Cass. Palermo, 5 dic. 1882, Foro it. VIII, 1, 482 e 13 nov. 1897. Foro sic., 873; App.' Tor. 7 marzo 1890, Giur. it. 357; A. Parma, 6 dic. 1898, Foro it., 1899, 1, 616 — V. contra Merlin, Questions de droit. vol. 3, oppos.; Larombière, Traitè téor. et prat. des obbl., art. 1351. n. 1151 — Borsari, art. 1351 — Ricci, Cod. civ., Vol. VI, n. 449 — Gargiulo, Vol. 3, art. 512 — Mirabelli, Dir dei terzi, vol. 1, p. 468 — Cass. Napoli, 26 Novembre 1887, Dir. e Giur, III, p. 354; 6 maggio 1899, Foro it. 1, 920; 7 aprile 1900, Foro Napolet., 209 — Cass. Roma, 22 febb. 1890, Foro it. 968, 17 marzo 1891, id. 593; 31 dicembre 1900, Corte Supr. Roma, 11, 300; Cass. Tor. 11 febbr. 1879, Annali 1879, 339.

giudizio la rappresentanza del suo creditore. Ma perchè, poi, introdurre siffatta distinzione e rendere ancora più privilegiata, di fronte agli altri creditori, la posizione di quelli ipotecari, che già sufficiente garentia trovano nella ipoteca ottenuta? Se una ulteriore eccezione avesse dovuto il legislatore sancire in tale materia, la medesima avrebbe dovuto essere stabilita, se mai, a favore dei creditori chirografari, le cui ragioni sono interamente alla mercè del debitore, o per lo meno a favore degli uni e degli altri insieme.

Nè si opponga, che, da una parte, la realità del vincolo ipotecario implicante persecuzione della cosa nelle mani di chiunque e, dall'altra, la sapienza romana, che, nelle leggi 11, § 10, Dig., XLIV, 2 *de except rei judicatae* e 3, XX, 1 *de pignoribus et hypothecis*, ammetteva il principio da noi avversato, stanno a suffragare la esattezza del medesimo; giacchè il diritto di seguito inerente all'ipoteca, se conferisce a questa il carattere di realitá e fa sì che i successivi passaggi dell'immobile colpito ed i nuovi vincoli, che sul medesimo vengano a gravare, non pregiudichino i diritti del creditore iscritto, non attribuisce, però, al medesimo alcun diritto dominicale sull'immobile istesso, non smembra la proprietà, per guisa che il debitore resti pur sempre proprietario pieno dell'immobile e come tale conservi l'amministrazione e la disponibilità dello stesso così, come l'ha di fronte ai chirografarii.

« La rappresentanza del creditore per parte del suo debitore, ben dice il Ricci (1), non dipende già dalla qualità del diritto attribuito al primo, bensì dai rapporti giuridici che passano tra l'uno e l'altro e dalla identità degl'interessi dell'uno con quelli dell'altro. Or bene il creditore, sia esso chirografario od ipotecario, ha sempre col debitore gli stessi rapporti che passano tra autore ed avente causa, imperocchè l'ipoteca è pur essa un diritto che il creditore deriva dal suo debitore; se adunque gl'interessi, che nel giudizio sono in giuoco, sono gli stessi, tanto pel creditore ipotecario che pel debitore, qual motivo logico vi ha per sostenere che il primo non è stato dal secondo rappresentato in giudizio? »

I dettami, poi, dalla sapienza romana, non sono invocabili ed applicabili là dove le nostre leggi provvedono espressamente, o, in difetto di espressa disposizione, siano tali dettami in contrasto coi principii regolanti la materia. Ora la nostra legge provvede nella specie espressamente, allorchè, stabilendo e regolando, negli art. 1235 cod. civ. e 512 proc. civ., i diritti dei creditori di fronte agli atti posti in essere dai debitori in frode delle loro ragioni, parla di creditori in genere, senza distinzione, il che importa che li vuol trattati tutti

(1) Dir. civ. VII, n. 449, p. 581 e seg.

alla stessa guisa, senza riguardo ai diritti di prelazione che loro possono competere; e, in ogni modo, dato che la legge non provvedesse espressamente, la sanzione del principio, di cui all'art. 1234 cod. civ. già cennato, formerebbe insormontabile ostacolo all'applicazione del principio di diritto romano.

Nè ciò basta. Se si considerino per poco le disposizioni degli art. 1528 e 1567 cod. civ., si traggono da esse ulteriori argomenti in sostegno della nostra tesi.

Se, invero, siccome è in tali articoli testualmente disposto, il venditore che rientra nel possesso del fondo venduto col patto del riscatto lo riprende esente da tutti i pesi e da tutte le ipoteche, di cui il compratore lo avesse gravato, e, in ordine all'enfiteusi, le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta od il concedente si risolvono, nei casi di devoluzione ed affrancazione, rispettivamente sul prezzo dovuto pei miglioramenti o su quello dovuto per l'affrancazione; ne consegue che i rapporti giuridici intercedenti, riguardo alla prima ipotesi, tra creditore ipotecario e compratore, e, riguardo all'altra, tra creditore ipotecario ed enfiteuta o concedente, non esercitano influenza alcuna sui rapporti giuridici che, per effetto dei contratti di compravendita con riscatto e di enfiteusi, corrono rispettivamente tra venditore e compratore e tra concedente ed enfiteuta; per guisa che i giudizi di riscatto e di devoluzione od affrancazione siano legittimamente istituiti dal venditore, da una parte, e dal concedente o dall'enfiteuta, dall'altra, col solo contraddittorio dell'altra parte contraente o suoi aventi causa, e facciano, quindi, le sentenze, colle quali tali giudizi vengono definiti, stato avverso i creditori ipotecari, benchè i medesimi non siano stati parti in causa. Ora ciò importa che siano stati essi creditori legittimamente rappresentati, nei relativi giudizi, dai loro debitori, effetto questo, che certamente non avrebbe luogo, se l'ipoteca, oltrechè i diritti di prelazione e di seguito, attribuisse ai creditori anche quello d'impugnare gli atti tutti posti in essere dai loro debitori, sol che pregiudizievoli alle loro ragioni.

La opinione che sosteniamo trova, infine conforto nella relazione Pisanelli ed in quella senatoria, le quali, nel parlare della opposizione di terzo, di cui all'art. 512 in esame, non fan distinzione fra creditori chirografari ed ipotecari.

RECENSIONI E BIBLIOGRAFIE

Carlo Cesarini — *L'illuminazione pubblica e privata e la nuova legislazione 1894-95 sulla trasmissione a distanza dell'energia elettrica*. Firenze-Lumachi ed. 1903 pag. 161.

Edoardo Lucchini — ***Privilegi sul suolo pubblico o in relazione alla disponibilità del suolo pubblico — Legislazione 1894-95 sopra le condotture elettriche*** **(nella Giurisprudenza Ital. 1903 I. 2. 275).**

Amendue trattano le medesime questioni ; ma mentre il primo, che già fu presidente della cassazione fiorentina , tende con un' esposizione dottrinale a giustificare le sue decisioni giudiziarie , l' altro polemizza contro coloro che cercarono confutare il libro del Cesarini.

Questi dopo un' esposizione della giureprudenza rigorosa e tirannica intorno alle concessioni comunali del suolo e sottosuolo pubblico per la illuminazione pubblica e privata avanti la nuova legislazione (pag. 1 a 23) , nega che sia nei poteri del comune di cedere per contratto il suolo pubblico ad una società per dare a questa il mezzo di attuare oltre l' illuminazione pubblica anche il monopolio del servizio privato dell'illuminazione, e la tesi è dimostrata con argomenti desunti dal diritto civile , dal diritto amministrativo e da quello economico (pag. 24 a 35).

Nega poi che l'accollo del servizio della ill'uminazione pubblica possa trasformarsi nel privilegio esclusivo di provvedere alla illuminazione privata in maniera da rendere questo inscindibile da quello , notando la confusione tra l'accollo del servizio della pubblica illuminazione ed il privilegio delle condotture del gas pel servizio privato ; mentre questo va considerato come corrispettivo *sperato* non *convenuto* ; imperocchè il comune rappresentando soltanto l' *universitas* quale ente giuridico, in sè non assorbe nè può assorbire i singoli cittadini, come subbietti di diritto privato (pag. 36 a 40). Dopo aver riportato il testo della legge 7 *giugno 1894* e del relativo regolamento *25 ottobre 1895* l' a. compie anche qui una rassegna della giureprudenza interpetrativa della nuova legislazione (pag. 41 a 79). Nel capo III poi sono riassunte le questioni di diritto sulla nuova legge venendo alle seguenti conclusioni : 1.° che in ordine ai caratteri giuridici della nuova legislazione essa riguarda lo interesse generale e non privato , integra e non completa la legge d' espropriazione per p. u. ed il regolamento non è incostituzionale (pag. 80 a 85); 2° che trattasi d'una vera istituzione di servitù legale, che ha per causa la utilità pubblica e non la privata e che non sussista *identità* tra la servitù

per le condutture elettriche e quella per acquedotto del cod. civ. (pag. 86 a 88); 3° che la servitù ha per obbietto non pure i fondi privati ma anche quelli pubblici e specialmente le strade (pag. 89 a 96); 4° che in ordine alle condizioni alle quali la imposizione della servitù è subordinata che concorra l' estremo dell' *uso industriale* non solo in chi consuma la corrente ad uso della propria industria ma anche in chi si propone di produrla, distribuirla e venderla (pag. 97 a 100); 5° che l' art. 13 del regolamento concede preferenza per motivi di pubblici servizi o per poziorità in caso di parità di titoli, senza che possano le antiche concessioni impedire le nuove (pag: 101 a 102) e che nessuna indennità sia dovuta pel passaggio sulle pubbliche vie (103 a 104); 6° che il titolo della nuova servitù è nella legge (105 a 106); 7° che la competenza ad accordare l' autorizzazione sia esclusivamente del prefetto, esclusa ogni ingerenza dei comuni, avendo il regolamento del 1895 derogato per questa parte al regolamento anteriore di polizia stradale e che non si tratti d'una vera e propria *concessione*, nè d' un semplice atto formale di *permissione* od un *nulla osta*, nè d' un atto *sui generis*, ma d' un vero atto unilaterale d' *impero*, che bene il Lucchini definisce per *autorizzazione*, la quale (secondo il Ranelletti) è una *remozione dei limiti* posti dalla legislazione positiva all' esercizio d' un *diritto*, e nella specie (data la concezione dell' a. sulla natura giuridica della servitù e sulla sua estensione anche ai beni di demanio comunale) questo sarebbe appunto creato dalla nuova legislazione. Dimostra finalmente l'a. come la formula dell' art. 8 del regolamento « *salvi i diritti dei terzi* » non importa che il consenso governativo sia *condizionato*, ma che la concessione consentita sia esercitata *a rischio e pericolo* del concessionario, libera l' autorità amministrativa, pei fini della revoca, e quella giudiziaria, pei fini della dichiarazione d' illeggittimità e conseguente reintegrazione patrimoniale, di pronunziare sulla insorta opposizione dei terzi (107 a 130). Dopo d'avere accennato alla estinzione della servitù legale l' a. tratta degli *effetti giuridici* susseguenti alla nuova legge, sostenendo che essa è essenzialmente e necessariamente *retroattiva* e deve avere piena ed immediata osservanza perchè liberativa e svincolativa, avendo tolto di mezzo il monopolio per sostituire la libera concorrenza (pag. 131 e 134); che gli antichi concessionarii privilegiati non possono perciò far valere il lor privilegio e i giudicati ottenuti nè hanno azione per danni contro lo stato i comuni od i nuovi concessionarii (pag. 135 a 143). L' a. fa in ultimo un rapido esame dei limiti delle rispettive competenze dell'antorità giudiziaria ed amministrativa alla base delle disposizioni della nuova legislazione e dei principii ormai acquisiti in tema di delimitazioni di competenze (143 a 150). E dopo un lucido riassunto del libro l' a. fa voto « per la sollecita formazione di una legge organica unica, la quale disciplini armonicamente tutto quanto si riferisce alla materia dell' elettricità ed alle sue varie applicazioni di forza, di lavoro meccanico, di trazione, di comunicazione del pensiero e di luce, e con criterii ben definiti e precisi elimini tutto quanto di oscuro. d'incerto e di contraddittorio s' incontra nelle varie leggi attualmente in vigore, con la fiducia che non sarà per andare perduto questo appello che si fa per il miglioramento della legislazione in una materia così importante e feconda di tanti benefizii sociali nel presente e nell'avvenire ». Ed in questo voto siamo

anche noi concordi, sebbene non potessimo concordare in tutte le affermazioni dell' a. ed anche in alcuni postulati della giureprudenza, notando però subito che il lavoro, quantunque succinto e qualche volta dommatico, costituisce raro esempio di combaciamento nel giudice d'una decisione giudiziaria col pieno e profondo convincimento di giurista, che si sente il bisogno di giustificare anche dopo la decisione ed anche dopo la cessazione dell' ufficio.

V. Marone

W. Galbraith Miller *advocate* — *The data of jurisprudence* — Edinburg and London. Green and sons, lawpublishers. 1903. pag. 477.

Gli editori inviano alla nostra *Rivista* questo grosso volume del *Miller*, diretto, (come dice l' a.) più che a risolvere ad esporre soltanto il problema: *che cosa è il diritto? che cosa è la legge?* È così il primo tentativo d' un trattato completo sulla giureprudenza, da corrispondere a ciò che da noi si direbbe più che una filosofia del diritto una vera enciclopedia giuridica. In quanto che oltre la parte generale di ciascun istituto giuridico, senza divagazioni inopportune, v'è la parte storica, il richiamo moderato delle fonti, e l'esposizione della dottrina positiva della legislazione vigente e della giureprudenza delle corti inglesi.

Dopo una prefazione in cui è spiegato il metodo del lavoro seguono sei capitoli: I *la base fisica del diritto* (l'uomo e la società, la legge di natura, i diritti individuali e positivi); II *del diritto* (sono 39 sezioni dove sono notevoli quelle che trattano della prima idea del diritto, della competenza, della classificazione e dei gruppi di diritti); III *dell' obbligo, obbligazione* e *dovere* (notevoli le sezioni che trattano della responsabilità, del potere e dovere, della classificazione delle obbligazioni e della legge e del dovere); IV *della legge* (è uno dei capitoli più interessanti ed assai accuratamente sono trattati: la collisione dei diritti e dei doveri, la legge non scritta, i codici, conflitti di leggi, analisi e classificazione delle leggi, ed altri); V *della consuetudine* (notevoli gli argomenti: la tirannia della moda, il diritto divino dei re, il *common law* ed il rapporto tra la legge e la consuetudine od usanza); VI *della finalità della legge* (dove leggonsi con grandi interesse: la giustizia, l' uso medioevale, l' equità e l' ultima sezione sui conflitti degli ideali).

Certo dal punto di vista della sistemazione dottrinale, secondo l' aspetto moderno nei paesi latini e in Germania, questo trattato non può costituire nè un'innovazione, nè un complemento. Ma, data la condizione della letteratura giuridica inglese, che si svolge più sotto l'aspetto storico che dottrinale, il volume è un assai felice tentativo ed utile non tanto per l' inglese, quanto per lo straniero, che ha sott'occhio, e sotto un certo profilo sistematico, come raggruppati gli argomenti più interessanti della filosofia del diritto, anche con riguardo speciale alle leggi positive. La forma immaginosa, moderna, e la coltura generale, specialmente delle scienze naturali, di che dà continuamente prova questo valoroso avvocato di Edimburgo, rendono il libro di facile ed assai piacevole lettura.

V. Marone

Ch. H. Huberich — *Venereal disease in the law of marriage and divorce.*

L'a. ch'è insegnante di diritto nella università del Texas invia alla nostra *Rivista*, giunta fin lì, quest' interessante opuscolo accompagnandolo con una lettera, dove ci fa sapere che « la relazione fu preparata originalmente per alcuni gentiluomini in Berlino, che hanno in preparazione un disegno di legge da sottoporre al parlamento tedesco su quest' argomento ». Infatti l' a. ci manda anche una traduzione in tedesco dell' articolo che fu pubblicato nell' *American law Review*.

L'opuscolo tratta dell' *influenza della malattia venerea in rapporto al matrimonio ed al divorzio*, esaminando tre questioni:

1. L'esistenza d'una tale infermità costituisce una valida eccezione contro l'azione intentata per non adempiuta promessa di matrimonio?

2. La sua esistenza al tempo del matrimonio costituisce fondamento giuridico per l' annullamento?

3. Costituisce ad ogni modo fondamento pel divorzio?

La prima quistione (come anche le altre due) è studiata non già dal punto di vista dottrinale, ma soltanto da quello della giureprudenza inglese ed americana, ch'è esaminata assai accuratamente nei vari casi decisi.

Noi passiamo attraverso le curialesche distinzioni della vecchia pratica inglese che ora presume nelle azioni o nelle eccezioni di tal fatta un *pretesto per non sposare*, ora lascia libera la donna di regolarsi come crede, sentenziando allegramente che lo scopo del matrimonio è di avere una posizione legale e sociale, sebbene il marito sia affetto da malanno. Quanta differenza tra questa giureprudenza e quella americana larga e virile, riassunta nelle parole del giudice Ruffin riportate dall' a., dove vibra tutta la moralità essenziale della vita, che proclama altamente la regola che la legge non può costringere alcuno ad adempimenti di obbligazioni, l' effetto delle quali *importerebbe pericoli per la salute e la vita dell'altra parte e lancerebbe nel mondo dei figli, nella costituzione dei quali si nasconderebbero i semi della colpa del padre!*

Sul secondo quesito l'a. osserva che scopo del matrimonio è la legalizzazione del commercio sessuale tra le parti e la procreazione dei figli. Se è vero che almeno virtualmente deve esistere la capacità alla procreazione, talchè l' impotenza incurabile per tutte le legislazioni è causa di nullità, tale incapacità esiste quando il male venereo rende la copula praticamente impossibile per la salute e la vita del coniuge. Riporta due casi decisi *(Ryder* c. *Ryder* e *Smith* c. *Smith)*, dove fu dichiarata la nullità, trattandosi di malattie incurabili. mentre altrimenti dovrebbe decidersi se il male fosse *facilmente curabile*, come se l' impotenza non fosse *permanente*. L'a. si fa anche il quesito: e se il coniuge ammalato non volesse sottoporsi alla cura? L' estensione della nullità parrebbe logica (dice l' a.) ma non è senza pericoli e riporta in nota il caso di *Marchouse*, dove non fu dichiarata la nullità, ma il divorzio.

Sul terzo quesito l'a. ricorda che nel Kentucky l'aver contratta una malattia nauseante è caso specificamente previsto dalla legge come causa di divorzio, e certo la sifilide è tra queste. Indi si fa a studiare, nei diversi casi

decisi dalle corti, l'applicazione della regola stabilita dalla giureprudenza inglese ed americana che possa darsi cioè divorzio sulla base della cosiddetta *cruelty*. Gli estremi richiesti sono: che la malattia in genere sia attualmente comunicata; che il contagiato ignorasse la malattia dell'altro al tempo della comunicazione, e che il contagio avvenisse scientemente e volontariamente. Quest' esame è assai accurato e giudizioso e può riuscire anche utile come materiale dottrinale per l' elaborazione tecnica dell' istituto del divorzio, dal punto di vista positivo.

V. Marone

Gug. Castellano — *Diritto di scelta del sepolcro in particolare nei rapporti dei coniugi*. Napoli — Giannini, 1903, pag. 170 — L. 3,00.

L' argomento è tutt' altro che nuovo; ma la trattazione è completa e assai corretta, specialmente nella forma, che lascia leggere speditamente il volume. Il diritto di scelta del proprio sepolcro è regolato da quello di testare limitato dai diritti altrui e da quelli della società, che può procedere ad espropriazione del cadavere di un benemerito (pag. 1 a 16); il che è fugacemente accennato, mentre meritava uno svolgimento maggiore. La trasmissione d' un tale diritto, fondato nell' amore di noi stessi, è regolato dalla *legge dell' amore* e quindi non possono al riguardo stabilirsi presunzioni *juris et de jure*, ma *juris tantum*, lasciando al magistrato l' applicazione concreta di questa legge etico-sociale. Così si spiegano certi giudicati apparentemente contraddittori. Anche in Francia nella discussione della legge 15 nov. 1887 sulla *Liberté des funérailles* si lasciò la decisione al magistrato, a seconda dei casi (pag. 17 a 39). Nel rapporto dei coniugi l' a. dopo avere, con certa *vérve* trattato dello scopo del matrimonio, dell' influenza della donna nella civiltà, degli esempi di abnegazione coniugale, dell' influenza della moglie sullo spirito dei grandi uomini, cose che bastava appena accennare in un libro giuridico, mentre vi ci s' indugia oltre il necessario, trae da queste premesse la conseguenza che la presunzione semplice di diritto è sempre a favore del coniuge (pag. 40 a 74). La parte però veramente interessante del lavoro è quella della esegesi delle fonti, compiuta con sobrietà, acume e senso critico. Notata la distanza tra il concetto della famiglia presso i romani e quello moderno, dimostra che non possa trarsi argomento del diritto di scelta dall' *actio funeraria* in genere, che colpiva l'universalità del patrimonio del defunto, o dall' *actio funeraria* pel seppellimento della donna maritata, fondata sulla dote, confutando il *Correra* che sostenne, con questi medesimi testi, la tesi opposta; mancando per altro qualsiasi analogia tra simili oneri ed il diritto di scelta, essendo diverse le ragioni giuridiche e sociali che governano i due istituti. (75 a 101). Anche l' istituto matrimoniale romano ha un fondo spirituale e se è *divini juris communicatio* e la moglie acquista i *sacra privata* del marito, abbandonando i proprii, in questi era il culto degli *Dei Mani*, ai quali si dedicavano i sepolcri di famiglia, che costituivano le *res religiosae*, e queste insieme alle *sacrae* ed alle *sanctae* formavano le *res juris divini*. Nè è vero che fosse denegata al marito l' *actio sepulcri violati*, ch' era azione popolare, non alludendosi nel frammento di Ulpiano che

agli eredi per testamento (pag. 102 a 116). Segue un capitolo sul diritto di sepoltura della donna maritata secondo il diritto ecclesiastico, confutando anche qui l' interpretazione del Correra (pag. 117 a 140). Esaminando il quesito secondo il diritto laico moderno, occorre ricorrere all' analogia, in difesa di disposizioni speciali ed escludendo quelle tratte dal *diritto successorio* e dalla *comunione*, trova interessante l'art. 400 del cod. pen. che concede al coniuge in primo luogo l' esercizio dell' azione penale per le diffamazioni ed ingiurie contro un defunto; nonchè altre disposizioni del codice civile e di altre leggi speciali, secondo le quali dimostra errata la massima *mors omnia solvit*, producendo il matrimonio vincoli che permangono anche dopo la morte. Il lavoro termina con alcuni ricordi di giurisprudenza e di legislazione di altri stati moderni (141 a 170). Il largo riassunto che ne abbiamo dato prova che il libro, salvo alcune mende, non può essere indifferente alla classe degli studiosi; specialmente perchè è una esauriente confuta al noto lavoro del nostro *Correra*, che, secondo il *Cramer*, pur non essendo accettabile in diritto puro, prova come sia necessario affidare al giudice le decisioni, caso per caso, restando le analisi fatte dal *Correra*, secondo il dotto tedesco, come esempio di « circostanze consimili che dovranno tenersi presenti in altri casi. »

V. Marone

A. Dareste — *Nouvelles Etudes d' Histoire du droit* — Larose ed. Paris 1902.

Questo volune, che l'illustre storico fa seguire ai già notissimi *Etudes d'histoire du droit* pubblicati nel 1889, comprende i seguenti articoli: I La giustizia criminale dei tempi eroici ed il prezzo del sangue. II Zaleuco e Caronda. III Una pretesa legge di Solone. IV. Il diritto di rappresaglia. V Questioni di diritto greco: *a)* lo studio del diritto greco, *b)* il matrimonio e la famiglia in Atene, *c)* responsabilità pel fatto dello schiavo: condizione degli affrancati, *d)* schiavitù nell' Attica, *e)* la proprietà e la sua condizione giuridica, *f)* l'azione di revindica, *g)* successioni: rinunzia, *h)* ordine nelle successioni, *i)* l'anticresi, *h)* i contratti per iscritto, la esecuzione forzata, i titoli all'ordine ed al portatore, *i*) lista degli archivii, *k)* vendita d'immobili, trascrizione, nullità. VI le scuole filosofiche di Atene. VII Aulo Gellio. VIII Il diritto romano e il diritto greco in Plauto. IX I papiri egiziani dell' epoca romana. X Il processo di Hermia. XI Le popolazioni del Caucaso. XII I Mongoli. XIII La Cina. XIV Il Giappone. XV L' Indo-Cina. XVI Madagascar e Malgaschi. XVII La Zadruga nel diritto slavo. XVIII Il paese di Galles. Di speciale importanza sono le questioni di diritto greco, le quali si limitano a porre in luce nuovi e recenti dati dai quali l' a. si guarda dal ritrarre conclusioni troppo recise. Non potendo qui esaminare uno per uno i singoli argomenti trattati dall' autore, perchè un tale compito esorbiterebbe i limiti di una recensione, accennerò solo ad alcuni, che mi sembrano importantissimi.

Lo studio su Zaleuco e Caronda ci riunisce tutte le antiche testimonianze che si hanno sui due celebrati legislatori. Il *Dareste* ritiene che la legislazione di Caronda abbia assorbita quella di Zaleuco ed abbia imperato nella

Sicilia e nella Grecia d' Asia. Lo studio su di una pretesa legge di Solone distrugge la opinione degli storici sulla esistenza di una legge di Solone, per la quale la donna maritata ad un impotente si potesse dare ad uno dei parenti del marito.

Nelle questioni di diritto greco il *Dareste* porta novello contributo. Così combatte l' opinione del *Caillemer* secondo il ouale in Grecia il padre poteva riprendersi la figlia che aveva maritata, malgrado la volontà di lei e del genero. Esprime la natura giuridica ed economica della proprietà fondiaria e della schiavitù nella Grecia; ci dà l'elenco completo degli archivii delle città greche, nei quali si depositavano gli atti contrattuali, ed in materia di pubblicità nelle vendite immobiliari ricostruisce il processo tra Deciano ed Aminta di cui parla Cicerone nell' orazione *pro Flacco*.

Assai interessanti sono le notizie sulle scuole filosofiche in Atene e sulla natura e condizione giuridica di quelle istituzioni, e le notizie tratte dalle *Notti Attiche* di Aulo Gellio. Nello studio sul diritto romano e greco in Plauto il *Dareste* riconferma con fortissime prove quanto ebbe già a sostenere contro il *Costa*, cioè che si debba essere molto prudenti nell'attingere a Plauto come a fonte antica di dritto romano; poichè nelle commedie plautine si contengono quasi sempre dati di diritto greco sotto formulario romano.

Preziose notizie tratte dalla raccolta dei papiri egiziani dell' epoca romana il *Dareste* ci offre in un seguente studio: così veniamo a sapere che nei contratti di matrimonio si stabilivano fra coniugi ogni specie di clausole non solo d'indole patrimoniale, ma di natura morale; e veniamo a sapere nozioni speciali sul diritto di rappresentazione ed abbiamo la conoscenza di tre testamenti interessantissimi, ricostruiti quasi al completo. Abbiamo inoltre esempii di locazioni, di mutui con l' interesse legale del 12 0[0, di mandati o vicariati generali, di quietanze, ed abbiamo anche cognizione del più antico testo (199 a. Cr.) dove si parli della *praesciptio longi temporis*.

Infine il *Dareste* riproduce il famoso processo di Hermias, o meglio la sentenza definitiva dell'anno 117 a. Cr., mentre ora il *Révillout*, conservatore del Museo Egiziano al Louvre ne sta riunendo tutte le singole parti. Questa sentenza pronunziata da Eraclide nella causa tra Hermia ed i convenuti Horos Psenchonis e Chonoppès offre notizie interessantissime agli storici del diritto non solo sulla procedura seguita davanti i tribunali greci in Egitto, ma sulla redazione degli atti, sui ricorsi in garantia, sul possesso e sulla prescrizione.

Gli ultimi sei capitoli sono sei utili studii nei quali sono raccolte le notizie sul diritto antico e moderno delle popolazioni del Caucaso, dei Mongoli, dei Cinesi, Giapponesi, Indocinesi, del Madagascar e del paese di Galles. In ultimo v' ha uno studio su quella sopravvivenza di comunismo primitivo che è la *Zadruga* tra gli slavi ed i serbi.

A. Lucci

A. Cima — *L' eloquenza prima di Cicerone. Saggio storico-critico-Roma*. Loescher ed. 1903.

Questo libro offre un quadro delle condizioni in cui si svolse la eloquenza latina prima di Cicerone e contiene tutte le notizie che la critica moderna

ha saputo raccogliere intorno alla vita ed alle orazioni di M. Porcio Catone, Scipione, Tiberio Gracco, Metello Macedonico, Lelio e Scipione Emiliano, Sergio Galba, Cajo Gracco, Lepido Porcina, C. Fannio, C. Tizio, Scribonio Curione, Emilio Scauro, Rutilio, Crasso, Antonio, Lutazio Catulo, Glaucia, Saturnino, L. Marcio Filippo, Livio Druso, C. Cesare Strabone, Sulpicio Rufo, C. Aurelio Cotta, Q. Ortensio, M. Licinio Crasso, oratori che precedettero Cicerone.

Lavoro eminentemente critico di storia letteraria, esso offre un interesse per il giurista, in quanto mette in luce il contenuto di orazioni riflettenti diritto privato e diritto pubblico.

a. l.

G. Huard — *Traité de la proprieté intellectuelle. T. I, Introduction: propriété littéraire et artistique* — Marchal et Billard ed. Paris 1903.

Questo primo volume è parte di un opera organica sulla proprietà intellettuale nella legislazione francese. Il lavoro non ha carattere scientifico: esso è un chiaro e lucido comento alla legge francese ed è arricchito da un accurato esame di legislazione comparata.

a. l.

Michele Petrone — *Della prova testimoniale contraria*, Napoli, Tip. Gazz. Dritto e Giurisprudenza, 1902.

Libro essenzialmente pratico, sul tipo di quelli del Ricci. Ha il pregio di una giudiziosa esegesi e di una grande chiarezza. L'autore occupandosi della prova testimoniale contraria (o *riprova*, come egli dice pure, seguendo l'uso erroneo dei pratici), trova modo di accennare a presso che tutte le questioni processuali nate intorno alla prova testimoniale in genere, tanto se fatta dinanzi ai giudici di collegio che se fatta dinanzi ai pretori e ai conciliatori. L'esame delle questioni esaminate (ognuno immagina che son poche) ed anche il semplice riassunto delle medesime richiederebbe più pagine. Accenno solo che veramente l' art. 37 del decreto delle disposizioni di cordinamento alla legge sul procedimento sommario, contiene la interpretazione favorevole all' autore circa il modo come debba essere proposta la prova contraria su *fatti nuovi*: ma intorno alle disposizioni interpetrative del detto decreto veggasi ciò che è stato scritto in questa stessa *Rivista* ai n. 1 e 3.

v. g.

Pietro Esperson — *Esecuzione in Italia delle sentenze estere di divorzio*, Roma, E. Loescher e C., 1903.

L' illustre autore, in questa bella nota alla sentenza 6 dicembre 1902 della cassazione di Firenze, torna ancora sulla *vexata quaestio* circa l' esecuzione in Italia dei giudicati esteri di divorzio, e riferma la opinione già da lui altre volte manifestata, che possono ricevere esecuzione in Italia le sentenze estere di divorzio, anche se pronunziate fra coniugi che rinunziarono alla cittadinanza italiana, purchè la rinunzia non sia stata fraudolenta « non sia

stata cioè accompagnato dalla *fraus legis*, ma consigliata dalle condizioni speciali del rinunziante o della sua famiglia. »

V. G.

Luigi Raggi — *Esame critico delle varie teorie moderne sopra la nozione d' autarchia* — Torino - Bocca 1902.

Se all' autore non si chiede oltre quanto promette il titolo egli mantiene la promessa. Spiegata la preferenza concessa al vocabolo *autarchia*, piuttosto che a quello di *autonomia amministrativa* ed *auto-amministrazione*, esamina le diverse dottrine anche dal punto di vista del *metodo*. Dalla concezione dell' autarchia come *diritto di libertà* spettante ai comuni, con predominio dell' elemento naturale e sociale, e con attenuazione della sorveglianza statuale e con rappresentanza elettiva nasce una serie di dottrine che l' a. esamina e prospetta. Un altro gruppo di dottrine, generate dalla filosofia realistica, basa sul rapporto dell' autarchia con lo stato ed abbraccia, tra quelle a segnalarsi, la concezione dello *Gneist*, che l' a. giustamente dice contraddetta dalla realtà della vita, e quella dello *Stein*, per cui i corpi autarchici sono organi della personalità statuale e momenti della sua attività; e quella giuridica del *Laband*, per cui l' autarchia si manifesta come l' esercizio del diritto di sovranità statuale nell' amministrazione locale; ed a tacere di altre quella dello *Hatschek*, per cui l'autarchia è la consapevole e predeterminata applicazione di corpi collettivi locali alla realizzazione dei compiti statuali, in modo che col raggiungimento dei proprii interessi collettivi essi contemporaneamente soddisfacciano interessi statuali.

La classificazione dell' a. è metodica e completa. Importante tra l' altro è la distinzione tra diritti di sovranità e diritti d' impero richiedendosi pei fini dell' autarchia questi e non quelli, come interessante è il metodo adottato di partire dal *sapere volgare*, che ha già elaborate le idee dell'autarchia, per giungere alla *nozione scientifica*, che rimuovendo le imperfezioni le coordina al sistema generale degl' istituti di diritto pubblico. Il sapere volgare ha stratificato questi concetti sull' autarchia: riferimento soltanto ai comuni o ad altri corpi locali; indipendenza dall' amministrazione statuale, organizzazione elettorale propria per la rappresenza, attribuzione ai corpi locali di alcune funzioni statuali o spettanti ai privati. Scartata dal sapere scientifico quest' ultima nota, l'autarchia può concepirsi come un complesso di diritti subbiettivi spettanti ai corpi comunali pel raggiungimento dei loro scopi, con contenuto opposto alla partecipazione dello stato all' amministrazione locale e con propria rappresentanza elettiva. Subbietti d' autarchia, secondo l' a. sono il *corpo territoriale* e la *corporazione*, ben distinta dalle *fondazioni*, dalle *istituzioni* e *dagl' istituti* « in quanto la volontà dell' ente non proviene che dal suo mezzo ed è ad esso ente immanente ».

L' a. combattendo l' opinione tendente a limitare l' estensione dell' autarchia all'amministrazione degli affari imprescindibilmente e naturalmente proprii dei comuni, giunge a concepire l'amministrazione autarchica come una forma speciale di manifestazione, che può assumere l' amministrazione statuale; dando all' autarchia come contenuto il diritto all' esercizio delle proprie fun-

zioni sovrane e il diritto alla propria competenza, per lo che il corpo autarchico si distingue profondamente di fronte allo stato dall'ufficio amministrativo statuale, che non è mai riconosciuto come personalità, nè provvisto di diritti subbiettivi. Dopo che l'a. ha esaminato fugacemente il rapporto tra l'autarchia, l'autogoverno e il governo locale, dubita fortemente che in Italia esista l'autarchia, sia perchè i corpi territoriali difettano di veri diritti subbiettivi azionabili, sia perchè poco rilevanti sono le corporazioni dotate di autarchia, che l'autore vede appena nei consorzii per opere stradali, derivazioni di acque ecc. Termina con un quadro dei vantaggi dell'autarchia dal punto di vista giuridico, politico e sociale.

Notiamo: a desiderarsi una trattazione più precisa del concetto di corporazione; un riguardo maggiore alla nostra legislazione positiva, appena accennata; a lodarsi un linguaggio prettamente tecnico, una coltura tutt'altro che comune fra gli studiosi della materia, una tendenza al disciplinamento delle varie dottrine, che rivelano nell'a. qualità metodiste non comuni.

V. Marone

F. de Notaristefani — *In tema di concorrenza sleale* — Tip. « Monsignor Perrelli » 1903.

Come il titolo prescelto lascia intendere, l'A. in questa pregevole monografia non si propone di trattare in modo completo della concorrenza sleale Egli accenna solo alle questioni che più frequentemente si presentano nella pratica giudiziaria: ed in tali questioni. con disamina accurata e sempre originale, riesce a portare nuova luce.

In un primo capo dedicato alle « Generalità » l'A. accenna anzitutto alla larghissima portata dell'espressione « concorrenza sleale » la quale può riferirsi, oltre che alla concorrenza commerciale o industriale, anche alla concorrenza professionale, ed a quella che lede ogni altra forma in cui l'attività individuale trovi ad esplicarsi. Passa poi all'esame dei due estremi della colpa e del danno richiesti perchè sleale concorrenza si verifichi; ed a tale proposito trova opportunità di ricordare alcune teoriche di autori stranieri, quali quelle del Kohler e del Blakertz. Però per una più larga e sicura intelligenza del lavoro sarebbe stato bene ricordare anche le altre molteplici teoriche svolte nella dottrina straniera in antitesi alla teoria del Kohler: quali ad esempio, quella del Laband, del Renouard, del Bekker, del Picard e in particolar modo quella dello Ihering il quale, riconoscendo senz'altro la natura di un vero diritto di proprietà nei segni distintivi dell'industria e del commercio, riesce nel modo più spontaneo ed efficace a giustificare la ragione giuridica dello indennizzo, specie quando la concorrenza si verifichi con l'usurpazione o imitazione di tali segni. Nell'ultima parte di questo capo l'A. in fine procede ad un esame critico delle definizioni della concorrenza sleale date dal Katz, dallo Scheder, dal Wermurt, dal Mayer, dal Bert, dal Pouillet, dall'Allart e dal Laurent.

Nella parte speciale poi l'A. allontanandosi dalle classificazioni adottate finora dalla dottrina italiana e straniera, quali quelle tipiche dell'Allart, del Lestra, del Sabatier ed altri, distingue la concorrenza sleale in tre ca-

tegorie, secondo che essa trovi ad esplicarsi con la *confusione* negli stabilimenti e nei prodotti, con la *denigrazione* o con la *réclame menzognera*, tralasciando l'esame di quelle forme di concorrenza sleale meno frequenti che possono verificarsi per violazione di speciali contratti, con l'usurpazione dei segreti di fabbrica, con manovre di borsa o accaparramenti per eccesso di produzione o macchinismo, per effetto di coalizioni e simili.

Nella prima categoria sono illustrate le disposizioni della legge speciale 30 agosto 1868 sui marchi o segni distintivi di fabbrica e quelle degli articoli 295 a 297 del Codice penale. Particolarmente degno di nota è lo studio dei vari elementi costitutivi di questi reati, e la distinzione della concorrenza sleale dalla contravvenzione alle leggi sui diritti di autore e sulle privative industriali.

Con vero rigore di criterio è condotto l'esame delle altre due forme con cui più comunemente si attua la concorrenza sleale; e cioè quelle della denigrazione e della rèclame menzognera.

Infine degni di particolare encomio, in questa pregevole pebblicazione, sono gli efficaci suggerimenti che il valoroso A. sa trarre dallo studio delle presenti condizioni del nostro diritto per la legislazione avvenire.

E. Fortunato

A. Giuntini — Bentivoglio — *Il Divorzio nelle ultime pubblicazioni italiane e nella statistica comparata*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1903.

L'autore esamina in questo opuscolo nitidamente edito, quello che si è fatto dagli studiosi d'Italia in questo primo biennio del secolo nuovo contro il tentativo di introdurre il divorzio nella nostra legislazione, per venire alla conclusione che l'Italia sarebbe troppo offesa dall'introduzione del divorzio nella sua legislazione.

Comincia però col dichiararsi favorevole alla ricerca della paternità naturale, che non può proporsi insieme col divorzio nè dalla medesima persona.

Accenna poi allo stato attuale della discussione intorno al divorzio, non molto diversa da quella del passato ed enumera in otto categorie gli argomenti dei divorzisti: argomenti di carattere religioso, politico, storico, empirico, giuridico, fisiologico, sociologico - morale, sentimentale.

E dopo aver accennato specialmente tra i divorzisti a Ercole Vidari, Teresa Labriola, Maurizio Roccarino e Berenini, si sofferma lungamente sugli argomenti degli scrittori antidivorzisti, come il Billia, il Dottor Vincenzo Mangano, il Professore Alessandro Corsi, il Federico Emilio, il Prof. Chironi, che con una memoria al III congresso giuridico di Firenze arricchì la letteratura antidivorzista. Esamina inoltre la discussione etico - sociologica di Ignazio Torregrossa, la pregiudiziale religiosa, la pregiudiziale politica.

E non si sofferma agli argomenti cattolici!

Crede anche il fanatico autore dimostrare che le scienze sperimentali sono contro il divorzio, e che sia necessità sociologica l'indissolubilità del matrimonio.

Dopo che l'autore ha creduto di far l'esame critico delle pubblicazioni divorziste e l'esposizione di quel che meglio gli è parso di trovare negli scritti antidivorzisti, tenta di dimostrare con rilievi statistici quanto i così detti difensori della famiglia abbiano ragione contro i patrocinatori della riforma!

E conclude che il divorzio non deve introdursi in Italia, perchè non vi si riscontra la crisi del matrimonio che in Francia si lamenta, perchè in Italia le nascite illegittime non sono in alta media e neppure numerosi i suicidî, nè gli omicidî nè i delitti contro il buon costume. « Non è, dice l' autore concludendo, il paese più morale d'Europa, no, ma è quello che merita meno degli altri il malanno del divorzio, senza contare che è quello dove la tradizione religiosa cattolica familiare lo escludono affatto. »

Con questa conclusione ogni critica diventerebbe superflua.

Lombardi

Prof. E. Cossa — *Conflitti e alleanze di Capitale e Lavoro* — Ulrico Hoepli, 903.

Di questo libro, più che un esame minuto, darò l'idea generale. L'autore confessa che se alcuno faccia obbiettivamente l'analisi delle forme in cui si svolgono i rapporti di capitale e lavoro, esse si presentano come il risultato di un graduale predominio dell' associazione sulla libera concorrenza fra le forze isolate.

Però in questo fenomeno non si deve vedere e riconoscere il sorgere di una forza contraria alla libera concorrenza, ma sibbene l' apparire in modo sempre più deciso di un complemento e di un correttivo di essa.

Alla lotta tra le forze singole si sostituisce gradatamente la lotta fra quelle associate, e tale trasformazione riesce in sommo grado vantaggiosa così per la conservazione e per l' aumento del capitale come per il miglioramento delle condizioni del lavoro.

Nè gli imprenditori sono spinti ad unirsi per tener fronte alle unioni operaie e premere maggiormente sul lavoro, ma perchè la diffusione sempre crescente dell' attività industriale rende sempre più difficile la lotta fra gli imprenditori isolati e diminuisce la possibilità di resistere alle ingiuste pretese delle classi lavoratrici.

L' associazione degli imprenditori tende a mantenere i prezzi delle merci ad un livello che permette il conseguimento di profitti normali, come quella degli operai tende ad impedire che i salari scendano al di sotto di un minimo determinato. Così è pure posta la base per un nuovo sviluppo dell'associazione che tende a fondere gli uni e gli altri interessi, sostituendo l' alleanza alla lotta. Così si spiega il sorgere degli ufficii di arbitrati e di conciliazione, dei sindacati misti, ecc.

E però gli avversarii del presente ordine sociale, conclude l' autore, s' ingannano. Interessi, profitti e salari tendono a sostenersi a vicenda. Rimane e rimarrà come imperante legge economica la libera concorrenza ch' è pure legge di natura, che maggiormente si rafforza collo spirito d' associazione.

Ho voluto esporre l' idea generale per non uscire dai limiti d' una rivista giuridica: e su quella idea mi permetto osservare che l' associazione è una necessaria transazione per arrivare a nuove forme in cui la libera concorrenza non eserciti più, come nelle forme attuali, i suoi tristi effetti.

Lombardi

Gerente responsabile: FRANCESCO PAOLILLO

D. Schiappoli

L' ASSOGGETTAMENTO LEGALE DEL PAPA

In un articolo, pubblicato in quest' anno nel numero unico « XX settembre », dal titolo: *Sottomettiamo legalmente il papa*, l' illustre prof. Scaduto propone una soluzione dei rapporti odierni fra lo Stato italiano ed il papato abbastanza radicale, secondo lui semplicissima e che si troverebbe nello stesso diritto pubblico positivo italiano: se i novelli pontefici, successori di quello spodestato nel 1870, non notificano la loro elezione al governo italiano, essi legalmente non coprono il loro ufficio di fronte allo Stato italiano, quindi non solo non hanno diritto alle guarentigie, di cui nella legge 13 maggio 1871, ma non possono neppure validamente esercitare alcuna delle funzioni canoniche specialmente e certamente quelle con effetti civili e non semplicemente religiose: perciò le nomine dei nuovi vescovi a sedi italiane fatte o da farsi da tali papi, secondo il diritto pubblico positivo italiano, sono nulle e le nomine di canonici, parroci ed altri beneficiari minori fatte da tali vescovi sono ugualmente nulle: davanti agli inconvenienti, che nascerebbero da tale situazione, il papa sarebbe costretto a capitolare, notificando legalmente la sua elezione e quindi riconoscendo lo Stato italiano e rinunziando alle pretese di restaurazione temporale.

Vediamo, se tale soluzione regga anche di fronte al diritto pubblico positivo italiano e se essa sia poi veramente così semplice, com' è parsa al nostro maestro, in guisa da costringere il papa non a capitolare, avendo ciò fatto alli 20 settembre 1870, ma a rinunziare alle pretese di restaurazione temporale.

L' obbligo del pontefice eletto di notificare allo Stato italiano l'avvenuta sua elezione non solo non è prescritto da veruna disposizione del diritto positivo italiano, ma sarebbe in contradizione con lo spirito informatore della legge delle guarentigie. È vero, che il pontefice eletto fa a tutti i capi degli Stati, che hanno sudditi cattolici, la notificazione della sua esaltazione alla cattedra di s. Pietro: se tale notificazione trova la sua ragione nel fatto, che gli Stati suddetti seguitano a ritenere il papa come un sovrano temporale, perchè

lo considerano come un sovrano ancora in lotta con lo Stato vincitore che non ha perduta ogni speranza di restaurare l'antico ordine di cose, oppure come quegli che ha mantenuto una parte, benchè minima, del territorio, su cui esplicava il suo potere sovrano prima del 1870, tutto ciò non potrebbe valere di fronte all' Italia, che neppure per finzione può riconoscere nel papa la qualità di sovrano territoriale, senza rinnegare il suo diritto nazionale. Se d'altra parte l' obbligo della notificazione si giustifica in base ad una consuetudine, siccome questa costituisce un *gravamen ecclesiæ*, la chiesa può sempre abrogare codesto limite alla sua libertà, specie quando non le venga alcun danno, anzi ne ricavi un vantaggio. Se codesto obbligo si volesse giustificare per quegli stessi motivi, per cui al papa, anche dopo la caduta del potere temporale, spetta il diritto di accreditare presso gli Stati cattolici agenti diplomatici nella stessa maniera che ogni altro sovrano temporale (art. 3 legge delle guarentigie) per quanto gli inviati pontificii non siano oggi nella stessa condizione, nella quale erano allorchè il papa era sovrano temporale, cioè per mantenere le relazioni ufficiali d' ordine religioso tra il capo della chiesa e gli altri Stati, ciò non può valere di fronte allo Stato italiano, che non ha più relazioni ufficiali col papa, un proprio rappresentante presso il vaticano, come questi non ha un proprio inviato presso il governo italiano, provvedendo il papa direttamente o per mezzo dell' episcopato, con cui egli comunica senza alcuna ingerenza governativa (art. 12 legge delle guarentigie), agli interessi religiosi dei fedeli italiani. I rapporti dell' Italia col papato sono e debbono essere di diritto pubblico interno ed ogni trattativa futura con esso deve avere, com' ebbe già nel passato, carattere di politica interna: un atto qualsiasi, come l'adempimento d'un dovere di cortesia, che possa anche lontanamente prestarsi all'equivoco ed essere interpretato come rapporto internazionale, non solo non dev' essere desiderato, neppure a fin di bene, ma dev' essere assolutamente respinto.

Se la cosa si esamina da un altro punto di vista, che a noi sembra il vero, cioè secondo il diritto pubblico interno o la politica interna, e si crede far derivare tale obbligo dal fatto, che il papa è il rappresentante d' un ente morale — santa sede — che esiste nel regno, ond' egli dovrebbe fare la notificazione allo Stato in tale sua qualità per godere delle prerogative che al suo ufficio sono congiunte, noi non possiamo ammettere tale obbligo, perchè nessuna disposizione legislativa ne parla, anzi vi sono di quelle che lo escludono.

Se il papato lo si considera, com' è canonicamente, quale un beneficio, trattandosi di un beneficio esistente in Roma, è sottratto, per disposizione esplicita di legge, a qualsiasi ingerenza e dipendenza

dall' autorità italiana (art. 16 legge delle guarantigie) (1), quindi non v' è bisogno di assenso dello Stato, perchè l' investito sia immesso nel possesso canonico e civile del beneficio medesimo. La concessione delle guarentigie è fatta al papa, eletto regolarmente nelle forme canoniche, non che al governo pontificio, ma non è affatto subordinata alla condizione della preventiva notificazione dell' avvenuta elezione. La pretesa della notificazione potrebbe essere interpretata come un' approvazione successiva dell' elezione del pontefice da parte del governo italiano e quindi come un tentativo, di cui a torto si accusa il liberalismo italiano, di rendere il pontificato romano un istituto nazionale dello Stato. Secondo l' art. 9 della legge 13 maggio 1871, il sommo pontefice è pienamente libero di compiere tutte le funzioni del suo ministero spirituale e qui la legge, oltre al non distinguere tra esercizio del ministero spirituale in Italia e fuori, non appone a quella libertà il limite della notificazione dell'elezione e del consecutivo riconoscimento da parte dello Stato italiano. Lo scopo della legge, nel suo primo titolo, fu quello di assicurare gli Stati, che hanno sudditi appartenenti alla religione cattolica, che il papa, anche dopo la perdita della qualità di sovrano territoriale, sarebbe stato pienamente libero nell' esercizio del suo spirituale ministero, onde il non riconoscimento e la condizione anormale che per conseguenza verrebbe fatta alla Chiesa in Italia appresterebbero il pretesto per far gridare alla persecuzione. L' argomento, che come in diritto privato il debitore ha il diritto di conoscere anzitutto il suo creditore e quindi il creditore ha l' obbligo corrispondente di farglisi conoscere, presentando il titolo del suo credito, così il papa per pretendere le guarentigie dovrebbe farsi legalmente conoscere dal governo italiano, non ci pare troppo convincente: prima di tutto il creditore, che in tal caso sarebbe il papa, non vanta alcun credito, anzi rifiuta quelle prerogative, che lo Stato italiano gli ha concesso e che, almeno fino a quando dura la legge predetta, è obbligato a mantenergli: in secondo luogo la legge stessa, per quanto non sia un trattato internazionale, poichè fu liberamente e spontaneamente fatta dal nostro potere legislativo, e debba essere riguardata come legge di diritto pubblico interno, però di somma importanza politica per gli scopi che intendeva raggiungere, rappresenta certamente un impegno d' onore volontariamente assunto dal governo italiano verso le potenze cattoliche e fino a che l' impegno sarà mantenuto, gli Stati stranieri non avranno diritto di nulla domandare all' Italia (2): co-

---

(1) Schiappoli D., *Manuale del Diritto ecclesiastico,* Torino, Unione tip.-editrice, 1902, II, n.° 525, pag. 143.

(2) Schiappoli D., *Manuale del Diritto ecclesiastico, cit.,* I, n.° 43, pagg. 37-38.

sichè, qualora noi volessimo applicare argomenti tratti dal diritto privato, il creditore è rappresentato dalle potenze cattoliche ed il titolo di credito è la legge stessa delle guarentigie: onde quegli stessi Stati, che implicitamente od esplicitamente credettero che fosse di fronte a' loro sudditi cattolici ben guarentita la condizione del pontefice con le prerogative accordate dallo Stato italiano, potrebbero richiamare questo all'osservanza dei suoi impegni e se il governo motivasse il rifiuto delle prerogative pel fatto della mancata notificazione, ne nascerebbe certamente un conflitto e potrebbe riaprirsi la *questione romana*, chiusa definitivamente nel 1870. Del resto sarebbe assurdo, che il governo fingesse d'ignorare legalmente un fatto, che legalmente s'è svolto sotto la sua tutela, avendo egli preso tutti gli opportuni provvedimenti, perchè l'elezione del pontefice si svolgesse regolarmente e le adunanze del conclave non fossero turbate da alcuna esterna violenza (art. 6 legge delle guarentigie): il fatto stesso ch' egli cessa dal prendere quei provvedimenti è la prova della conoscenza legale dell'elezione avvenuta: come potrebbe il potere esecutivo cessare dall'eseguire la legge senza incorrere in responsabilità, qualora non potesse dimostrare d'aver avuto conoscenza del l'elezione stessa?

Ma ammettiamo che il governo italiano non riconosca di fronte a sè stesso l'elezione del papa senza che costui gliene faccia regolare notificazione: la nullità degli atti, di fronte ai principii contradittorii che si mettono avanti per spiegare i rapporti fra Stato e Chiesa in Italia, dovrebbe essere comminata da una legge, poichè non sappiamo, se per l'art. 17 di quella delle guarentigie e per l'intestazione del II titolo della medesima si possa trarre logicamente tale conseguenza: inoltre dubitiamo, che il nostro parlamento ed il senato specialmente voterebbero una legge simile: ad ogni modo la disposizione non si trova nella legge positiva ed anche si volessero applicare principii generali o disposizioni analoghe, si avrebbe sempre una giurisprudenza amministrativa e giudiziaria fluttuante e quindi incapace a colmare le lacune che sono nella legislazione.

E poichè la questione circa la concessione del *placet* ai beneficiati nominati dai vescovi sprovvisti d'*exequatur* s'è agitata ed è stata risoluta variamente (1), occorrerebbe un decreto reale, che, regolando la cosa in modo uniforme, prescrivesse il requisito della nomina canonica fatta dall'autorità ecclesiastica placitata dallo Stato: similmente occorrerebbe almeno un decreto reale, con cui si prescrivesse che ai vescovi nominati da un papa non riconosciuto dal governo

---

(1) Vedi Schiappoli D., *Manuale del Diritto eccles.* cit., I, n.° 186, pagg. 154 sgg.

italiano non sarà concesso l'*exequatur* ed infine sarebbe necessario un altro decreto reale che interpretasse l'art. 5 del r. decr. 25 giugno 1871 n.° 320, in cui è prescritto, che « gli investiti d'un beneficio non saranno ammessi al possesso del medesimo prima che il loro titolo sia munito del regio *exequatur* o del regio *placet* », spiegando che per possesso si deve intendere *possesso civile* e *canonico*, e ciò per impedire che l'investito eserciti le funzioni spirituali.

La soluzione escogitata dallo Scaduto è di difficile attuazione, poichè s'ispira alla lotta contro il papato: per lottare si richiederebbe una mano energica e ferma difficile a trovarsi tra i nostri uomini parlamentari: la lotta dovrebbe avere, come di ragione, l'appoggio dei due rami del parlamento e trovare anche un largo consenso nell'opinione pubblica, il che sarebbe assai dubbio, poichè nella coscienza della grande maggioranza i due termini di libertà e di separazione si sono talmente infiltrati, che una politica di lotta contro il papato sarebbe considerata come cosa di altri tempi. La condizione creata al papa dai fatti del 1870 e dalla legge delle guarentigie fa sì che contro di lui gli Stati lottino sempre senza speranza di vittoria, poichè contro di lui non si può agire con la coazione internazionale. E senza richiamare qui l'esempio del Bismarck, che pur dovette revocare molti di quei provvedimenti, che costituivano il famoso *Kulturkampf*, una lotta oggidì col papato riescirebbe infruttuosa, poichè lo Stato non potrebbe mai annientare le due libertà riconosciute a tutti i cittadini, quella d'insegnamento e di culto: quindi il tesoro pontificio e la carità dei fedeli provvederebbero alla fondazione di nuovi seminari accanto a quelli già chiusi, e gli ecclesiastici ordinati in essi od a Roma (art. 13 legge delle guarentigie) amministrerebbero il culto nelle stesse chiese di prima, poichè chi avrebbe la forza di tenerle chiuse al popolo?

A noi pare, che il governo italiano non abbia alcun mezzo legale per costringere il papa alla sottomissione od alla conciliazione: il papato, considerato come un'istituzione che ha rapporti coi fedeli di vari Stati, cessando nel 1870 d'essere un soggetto di diritto internazionale, fu posto sotto la tutela dei vari Stati, che hanno sudditi cattolici: onde qualunque soluzione, che si dia al problema, non dipende dalla volontà del papa e del governo italiano, ma è vincolata all'approvazione espressa o tacita degli Stati suddetti e fino a quando la coscienza pubblica di essi non si sarà modificata e lo Stato italiano non sarà abbastanza forte, non è a parlare nè di conciliazione, nè di sottomissione: i mezzi escogitati dal prof. Scaduto non trovano la base nel diritto positivo, ci sembrano poco opportuni e difficilmente raggiungerebbero lo scopo.

Adunque continui lo stato attuale e seguiti la protesta contro gli

usurpatori: la libertà di protestare fa oramai parte degli altri diritti riconosciuti alla Chiesa; di fatti quali mezzi si possono escogitare per farla cessare? Le soluzioni radicali non sono pratiche: la cacciata del papa da Roma trova opposizione nella coscienza dei cattolici italiani e stranieri, che non concepiscono il papa se non a Roma, nel diritto positivo italiano, sia per la legge delle guarentigie sia per il riconoscimento legale della costituzione della Chiesa, sia pel fatto che sarebbe impossibile senza una legge che vietasse ai principi spodestati, eredi, successori e pretendenti di avere residenza nel regno; l' imposizione dell' accettazione della legge delle guarentigie, oppure l' intimazione della cessazione delle proteste per il riacquisto del potere temporale non si può ottenere, senza l' abrogazione dell' art. 1 della legge delle guarentigie. Le soluzioni possibili per far cessare l' attuale stato potrebbero essere le seguenti: *a*) o il papa spontaneamente esplicitamente od implicitamente accetta la nuova condizione creatagli dai fatti del 1870 e dalla legge delle guarentigie; *b*) o le varie potenze, che hanno sudditi cattolici, si riuniscono a congresso per imporre al papa l' accettazione della legge delle guarentigie; *c*) o lo Stato italiano, considerando essere venuto meno uno degli scopi della legge, per cui s' intendevano concedere le guarentigie in correspettivo della rinunzia espressa o tacita alle pretese di restaurazione del potere temporale l' abroga sottoponendo per conseguenza il pontefice totalmente al diritto comune.

Alla prima soluzione si oppongono la tradizione e l' ambiente, in cui vive il pontefice. L' opinione, che il papato sia un' istituzione di carattere essenzialmente internazionale ed il timore che la sottomissione legale di esso o la conciliazione potrebbero essere interpretate come un volerlo restringere a puro interesse del governo italiano sarà d' ostacolo a qualsiasi passo da parte della santa sede: al papa si deve restituire la necessaria indipendenza e la pienezza della libertà vera ed effettiva, ch' è condizione indispensabile per la libertà ed indipendenza della chiesa cattolica: il papa non dev' *essere* soltanto libero, ma anche *parere* tale. La distinzione tra papa *religioso* e *politico* è ridicola e vana, poichè il papa non difende i suoi diritti alla sovranità effettiva e reale, in qualità di re politico, ma come capo spirituale della chiesa cattolica, *conscientia officii*, avendo il principato civile dei papi, a differenza di tutti gli altri, ragione propria di *sacro* per la tutela dell' ufficio cui è destinato (1). Una modificazione della

(1) Vedi *la Civiltà Cattolica*, 1903, quad. 1278, pagg. 646, 649; quad. 1281, pagg. 269-70. È notevole, però, il linguaggio assai mite tenuto dal papa Pio X nella sua allocuzione in concistoro delli 9 novembre 1903 circa le riserve riguardanti il dominio temporale: « Quum vero necesse sit christianaeque rei pubblicea

politica della Chiesa non sarebbe giustificata da quella necessità, che la spinse ad adattarsi alle novelle condizioni createle dai fatti compiuti, nè sarebbe conforme alla tradizione della politica della Chiesa che ha combattuto contro od a favore d' un principio, non per odio od amore verso il principio stesso, ma per le conseguenze dannose o favorevoli che da quel principio potevano derivarne alla sua potenza. Per la diminuita considerazione, che ne verrebbe di fronte agli Stati, non avrebbe un correspettivo adeguato da parte del governo italiano, che più ampie guarentigie di quelle, di cui il papa attualmente gode pur senza accettarle, non potrebbe accordargli: la dotazione pontifica è ben misera cosa di fronte ai proventi dell' obolo che verrebbero a mancare: la libera uscita del papa dal vaticano è una questione che si potrà risolvere con una finzione anche senza un esplicito accordo col governo italiano o con una strada di proprietà della santa sede, che metta in comunicazione il vaticano col mare, oppure con una piccola linea ferroviaria che, partendo dai giardini del vaticano, si allacci con la rete ferroviaria del regno. D' altra parte, se in correspettivo della rinunzia espressa o tacita al potere temporale il papa pretendesse il riconoscimento della sovranità temporale sulla città leonina o semplicemente su quel territorio, di cui per l' art. 5 della legge delle guarentigie ha il semplice godimento, siccome si tratterebbe d' un trattato, che importa variazione di territorio dello Stato, secondo l' art. 5 dello statuto fondamentale, non avrà effetto se non dopo aver ottenuto l' assenso delle camere: ora nella camera dei deputati sono partiti diversi, ma nella questione di restituire il potere temporale al papa sur una parte anche minima del territorio nazionale, possiamo con sicurezza affermare, che tutti sarebbero d' accordo in un' idea che ancora tutti affratella i deputati italiani.

Ma, dato che l' accordo intervenisse senza alcuna restaurazione di potere temporale, vediamone gli effetti. Si dice che uno degli effetti sarebbe l' abrogazione del *non expedit*, che avrebbe per conseguenza l' intervento dei cattolici alle urne con ingrossamento delle file del partito conservatore, oppure creazione d' un novello partito cattolico-liberale. Che sia desiderabile che i cattolici prendano parte alle elezioni politiche è fuori dubbio, perchè tutti i cittadini hanno il diritto e l' obbligo di partecipare alla vita pubblica: che non ostante il *non expedit*, essi sono intervenuti ed hanno votato individualmente è anche certo, come è certo del pari che il papa non s' è deciso ad

quam maxime intersit, Pontificem in Ecclesia gubernanda et esse et apparere liberum nullique obnoxium potestati, ideo, quod conscientia officii, simulque iurisiurandi quo obstringimur, sacrosancta religio postulat, gravissimam in hoc genere iniuriam Ecclesiae inlatam conquerimur.

abrogare il *non expedit*, perchè non s' è convinto dei vantaggi che ne ricaverebbe, mentre potrebbe riescire facilissima la dimostrazione di fronte agli Stati stranieri, che i cattolici temporalisti in Italia sono un' esigua minoranza.

Un ingrossamento del partito conservatore in Italia non sappiamo quale vantaggio potrebbe arrecare: ad ogni modo le condizioni politiche dimostrano che il partito conservatore, se vorrà governare, dovrà adattarsi alle mutate condizioni della coscienza pubblica.

Un partito cattolico-liberale, che spiegasse la bandiera della libertà, concepita in un modo puramente negativo e senza un contenuto economico, non si avrà mai, sia perchè i partiti liberali vuoti e parolai hanno fatto il loro tempo, sia perchè in Italia la Chiesa gode della massima libertà, onde si spiega maggiormente un partito, che abbia per fine di limitare, nell' interesse dello Stato, le libertà della Chiesa, non già uno, che abbia il programma di estenderle. Del resto i cattolici, quando nelle elezioni potessero far prevalere un candidato proprio, certamente su di esso cumulerebbero i loro voti e poichè quella parte che potrà scendere in lotta con probabilità di successo è la democrazia cristiana, i democristiani si schiereranno col partito radicale, mai coi conservatori.

Ma un accordo dello Stato italiano col papato arresterebbe il movimento delle riforme legislative, poichè l' attività legislativa dello Stato potrebbe essere paralizzata dal volere del pontefice: nessuna riforma si potrebbe tentare, che vada anche lontanamente a ferire gli interessi della Chiesa e della gerarchia: se si tien presente che la Chiesa crede avere gli stessi fini dello Stato, è difficilissimo non vedere in una qualsiasi riforma una lesione d' un interesse o d' una pretesa della Chiesa: l' accordo intervenuto ed il desiderio di non romperlo costituirebbero dei limiti alla vita legislativa dello Stato, una sospensione dell' esecuzione delle leggi esistenti, una causa di adattamento alle esigenze religiose e politiche della gerarchia, negandosi così due principii fondamentali del nostro diritto pubblico, quelli della sovranità dello Stato e della laicità di esso. E se lo Stato in correspettivo dell' accordo e per assicurare maggiormente la libertà della Chiesa rinunziasse a tutte le armi di difesa contro un potere, che giunge a misconoscere la natura ed i fini dello Stato moderno ed a negare perfino la ragione della sua esistenza, tutta la vita dello Stato sarà assoggettata all' influenza pontificia: i cattolici ciò chiamano rendere cristiana l' Italia; noi crediamo che codesta tendenza mira ad asservire moralmente ed intellettualmente l' Italia al pontefice, che sarebbe così il sovrano assoluto ed irresponsabile del popolo italiano.

La seconda soluzione sarebbe più logica, poichè la legge delle gua-

rentigie fu votata e le prerogative speciali furono concesse per assicurare i sudditi di cattolica religione appartenenti ai singoli Stati, che il papa, rimanendo a Roma, non ostante la perdita del potere temporale, sarebbe stato pienamente libero nell' esercizio del suo alto ministero spirituale. Ma a tale soluzione si opporrebbe certamente la santa sede, come già fece altre volte, perchè il congresso potrebbe dichiarare la caduta definitiva del potere temporale, riconoscendosi esplicitamente che la Chiesa, che si ritiene superiore a tutti gli Stati, sia sottoposta ad essi; gli Stati stranieri considerano oramai chiusa definitivamente la questione romana, nè hanno voglia alcuna di riaprirla: infine lo Stato italiano, prima di accettare le risoluzioni d'un congresso, avrebbe l' obbligo, come fece altra volta, di fare le più ampie ed energiche riserve (1). Dunque l' unico effetto, che potrebbe avere un congresso di potenze cattoliche senza portare a complicazioni internazionali, sarebbe di mutare il titolo I della legge delle guarentigie in un trattato internazionale, riconoscendosi così definitivamente ed espressamente caduto il potere temporale: tutto rimarrebbe nello stato attuale e di revindicazioni pontificie, di prigionia del pontefice, di libertà ed indipendenza effettiva, di *questione romana*, di papa-re non se ne parlerebbe più.

La terza soluzione si dovrebbe intendere soltanto come una modificazione della legge, poichè il potere legislativo non potrebbe abrogarla interamente, dovendo pur fare una condizione speciale al capo di quella ch' è la religione professata dalla maggioranza dei cittadini, e regolare la condizione dell' arcivescovo di Roma: ma l' abrogazione sarebbe difficile ad ottenersi, perchè si griderebbe che l'Italia viene meno ai suoi impegni, e nessun gabinetto vorrebbe sfidare l' opinione dei cattolici d' Italia e delle altre nazioni e mettere mano in una questione, in cui manca una linea di condotta netta e decisiva per venirne a capo.

Adunque il partito liberale non deve accarezzare infondate speranze per non soffrire amare disillusioni: bisogna partire dal principio che la Chiesa non cede in nulla, non transige in nulla ed applicare verso di essa quella politica, che il conte di Cavour (2) ci tracciava nei suoi memorabili discorsi: Nell' attuare le riforme in materia ecclesiastica bisogna spesso accontentarsi del *possibile*, non del *desiderabile*, ma col papa bisogna agire con prudenza, ma nello stesso tempo con

---

(1) Schiappoli D., *Manuale del Diritto ecclesiastico,* cit., I, n. 32, pag. 37-38.

(2) Cavour, discorso 28 maggio 1855 alla Camera (in *Discorsi parlamentari raccolti e pubblicati per ordine della camera dei deputati,* Firenze, 1870, IX, pagg. 194-195); disc. 20 e 21 nov. 1851 (*ibid.*, IV, 12-13; 16). Ved. Schiappoli D., *La politica ecclesiastica del conte di Cavour e la libera Chiesa in libero Stato,* Macerata, 1899.

fermezza e dignità, essendo sempre gelosi dei diritti dello Stato. Laonde invece di pensare a sottomettere legalmente il papa, crediamo che sarebbe bene assoggettare all' osservanza delle leggi italiane la chiesa nazionale, applicando ad essa le leggi in vigore e seguendo nella politica ecclesiastica un indirizzo rigido, sempre uguale, senza scatti, transazioni o debolezze.

Il modo principale se non esclusivo di assoggettare il papa è quello di sottomettere alle leggi e richiamare all'osservanza di esse la chiesa; allorchè essa si sarà convinta d'avere a trattare con un governo forte, che ha coscienza dei proprii diritti e che sa attuare il compito prefissosi, scenderà a più miti consigli, poichè comincerà a sorgere quella necessità, che le fu sempre consigliera per mutare la sua condotta. Così sorgerebbe un' altra necessità, quella della partecipazione dei cattolici alla vita politica e ciò non con una legge che sancisca il voto obbligatorio, che potrebbe sembrare illiberale, ma perchè il loro intervento come partito sarebbe imposto dalla difesa dei proprii interessi, non più tutelati dai partiti affini.

Finora il programma dei cattolici in Italia è stato non la *partecipazione diretta* alla vita pubblica, ma la *resistenza passiva*: del resto il programma della restaurazione del potere temporale in un tempo futuro e mediante la modificazione della coscienza nazionale da parte della democrazia cristiana è un programma di difficilissima attuazione, antipatriottico e perciò inviso alle masse. La partecipazione caso per caso nelle questioni che possono interessare la chiesa porterà ad un'azione collettiva del cattolicismo italiano. Infatti quando nelle amministrazioni comunali le maggioranze hanno cominciato a dare a tutta la vita comunale un indirizzo laico, i cattolici sono intervenuti alle urne come partito con candidati proprii e con proprio programma. Un programma di politica ecclesiastica, che accentuasse maggiormente l' indirizzo laico dello Stato e che avesse di mira non tanto di emanare disposizioni nuove, quanto di richiamare la Chiesa alla rigorosa osservanza delle leggi esistenti e tutelare fermamente i diritti dello Stato, renderebbe necessaria la trasformazione di quella che oggidì è resistenza passiva in un' attiva partecipazione dei cattolici alla vita pubblica. In tale ipotesi cosa importerebbe la revoca espressa del *non expedit*, quando gli elettori cattolici prendessero parte alla vita pubblica, sciente e non contradicente il papa?

Ad ottenere simile risultato sono poco adatti i cattolici liberali, detti gente perniciosa e sconfessati dagli organi ufficiali della santa sede: il loro posto sarà preso dai democratici-cristiani, i quali hanno nel loro programma che l'attiva partecipazione allla vita pubblica è condizione indispensabile per il rinnovamento cristiano in Italia: è vero che i democratici cristiani hanno da lottare nel seno della Chiesa

stessa contro diverse tendenze, ma i risultati del recente congresso di Bologna sono là per dimostrare che di quel movimento la gerarchia dovrà tener conto e che non potrà romperla con esso senza rompere quell' unità che della Chiesa è la massima forza. La corrente favorevole che nel seno della chiesa stessa s' è venuta maturando ed un programma di politica ecclesiastica basato non sulla conciliazione o sottomissione legale del papa (poichè in sostanza conciliazione da parte del governo italiano non può significare che accettazione da parte del pontefice della legge delle guarentigie), ma sull' assoggettamento legale della Chiesa e sull'affermazione sempre crescente dei diritti e della laicità dello Stato sono le due spinte, che avrebbero i cattolici per entrare nella vita pubblica italiana.

I due progetti sull' obbligo della precedenza del matrimonio civile al religioso e quello sul divorzio, conseguenze entrambi del principio che il diritto matrimoniale è di competenza esclusiva dello Stato, non dovrebbero essere abbandonati: l' esempio di quei cattolici napoletani, che chiesero l'abolizione del *non expedit* per votare in una elezione politica parziale pel candidato che s' era nel suo programma dichiarato contrario al divorzio ed il silenzio molto espressivo del papa sono degli indizii della modificazione della politica della santa sede: si sostituisce all' intransigenza assoluta la regola di condotta del caso per caso. Il governo dovrebbe inoltre presentare il progetto di legge pel riordinamento della proprietà ecclesiastica, promesso dall' art. 18 della legge delle guarentigie, per procedere ad una migliore e più equa ripartizione dei beni ecclesiastici tra il clero superiore ed inferiore. Ed ammettendo la massima libertà dei culti, bisognerebbe richiamare l' attenzione del pubblico ministero sui delitti, che sono commessi dai ministri del culto nell'esercizio delle loro funzioni od avvalendosi della loro qualità e che sono perseguibili secondo gli art. 182 e sgg. del cod. pen. Ritenendo che una delle forze, con cui la chiesa afferma la sua potenza è l'insegnamento, bisognerebbe richiamare sotto la rigorosa sorveglianza delle autorità scolastiche gli istituti condotti dal clero per vedere come e cosa vi s' insegna, non che i seminari non per l' insegnamento teologico, ma per l'istruzione secondaria, che vi s'impartisce. Inoltre non si dovrebbe accordare tanto facilmente il permesso di aprire scuole ai membri delle congregazioni religiose ed a questo proposito è degna di nota la circolare emanata alli 18 ottobre 1903 dall' ex-Ministro della P. I. on. Nasi.

Quanto ai beneficiati minori o maggiori si dovrebbe riconoscere con norma uniforme, che quelli che sono sprovvisti di regio assenso non possono esercitare neppure le funzioni spirituali: tale principio si potrebbe sancire con decreto reale, emanato in esecuzione dell'ar-

ticolo 18 dello statuto e dell' art. 16 della legge delle guarentigie, interpretando l' art. 6 del decreto 15 giugno 1871. Naturalmente così si verrebbe a vietare ai vescovi privi d' *exequatur* l' ordinazione dei chierici e la direzione dei seminari: che se essi, ciò non ostante, ordinassero dei chierici, e li investissero di benefici, alle loro nomine canoniche non si dovrebbe mai concedere il *placet*. Alla concessione dell' assenso regio per la nomina ai benefici maggiori o minori si dovrebbero ammettere come condizione indispensabile determinati requisiti scientifici; così non dovrebbesi concedere l' *exequatur* ai vescovi, che non fossero provvisti della laurea in legge od in lettere ed il *placet* ai parroci ed altri beneficiati minori, che non avessero la licenza liceale. Ammesso che lo Stato abbia il diritto di approvare la nomina ecclesiastica, esso può apporre a tale sua concessione tutte quelle condizioni che crede necessarie per l' ufficio accanto a quelle poste dal diritto canonico: lo Stato, che non permette l' esercizio di alcuna professione pubblica se non a coloro che abbiano percorso un determinato corso di studi e dato le rispettive prove di capacità, ugualmente dovrebbe prescrivere l'obbligo di certi studi e di esami di cultura generale a coloro che vogliono assumere l' ufficio di ministro di culto, ch' è anche una professione pubblica e di grande importanza, avendo il sacerdote ancora tanta parte nel governo e nella vita intima degli individui e delle famiglie ed esercitando nel suo ufficio e con la sua opera un' influenza sul popolo, i cui membri sono sudditi dello Stato e gran parte di esso riceve dal clero la propria educazione morale e religiosa (ed in alcuni strati sociali morale è religione). Un intervento da parte dello Stato si giustifica anche pel fatto, che il clero riceve un' istruzione, che lo imbeve de' principii del sistema teocratico e fa di lui il sistematico avversario dello Stato, nel quale deve esercitare la sua missione, mentre questi ha interesse alla formazione d' un clero, che apprezzi la missione morale e religiosa della Chiesa in più alto grado che la sua potenza esteriore politica e che non serva quale cieco strumento delle aspirazioni mondane dei suoi superiori (1). Tale riforma si potrebbe attuare con semplice decreto, emanato in esecuzione dell' articolo 18 dello statuto e 16 della legge delle guarentigie, e che sarebbe come una spiegazione dell' art. 6 del r. decr. 25 giugno 1871, n. 320. Se poi si tratta di conferire benefici di patronato regio, l'autorità dello Stato non dovrebbe presentare individui sforniti di requisiti scientifici determinati e neppure con ciò verrebbe ad urtare contro l' autonomia della Chiesa.

---

(1) Schiappoli D., *Manuale del dir. eccles.*, cit., I, n.° 272, pag. 229 ed autori ivi citati.

Accanto al sequestro delle temporalità per motivi di repressione riconosciuto espressamente dal nostro diritto positivo (art. 25, n. 2 legge 2 giugno 1889 sul consiglio di Stato; art. 1 decr. 2 marzo 1899, n. 64), si dovrebbe ammettere la revoca dell'assenso regio per cattiva condotta morale o politica del beneficiato. E sebbene il consiglio di Stato ed uomini autorevoli del parlamento abbiano sostenuto che sia irrevocabile pel nostro diritto positivo l'assenso regio una volta concesso, ove non venga una legge a sancire tale facoltà, noi abbiamo dimostrato la revocabilità, anche secondo il nostro diritto positivo attuale (1): comunque sia, non vediamo la necessità d'una legge, quando potrebbe bastare un decreto emanato in esecuzione dell'articolo 18 dello statuto: se il regolamento di tutta la materia dei diritti spettanti alla potestà civile in materia beneficiaria è un diritto del Sovrano, non sappiamo comprendere come il Sovrano, che ha facoltà di regolare con decreto reale la materia del *placet* e dell'*exequatur*, non possa anche con un decreto regolare la revoca, quando nel campo delle concessioni amministrative la facoltà di concedere, allorchè non vi si opponga o un esplicito divieto di legge, oppure la natura stessa della concessione, importa come facoltà correlativa quella di revocare.

Inoltre si dovrebbero richiamare in vigore quelle varie leggi italiane, che ad alcune corporazioni religiose non solo tolgono la personalità giuridica, ma vietano anche l'esistenza come libere associazioni (2) e per quelle che pur possono vivere come libere associazioni sancire delle presunzioni legali per dimostrare le varie frodi alle leggi che ad esse hanno tolto la personalità giuridica, mettendo in relazione l'art. 28 della legge 19 giugno 1873 con gli art. 1053, 1055, 773, 829 cod. civ. (3). Infine il governo italiano dovrebbe porre in opera ogni mezzo per incoraggiare e sussidiare il clero che vive all'estero e che accompagna la nostra emigrazione, tenendo in considerazione la forza di coesione ch'esso rappresenta in terra straniera fra i vari elementi italiani.

Il richiamare la chiesa italiana all'osservanza delle leggi farebbe penetrare nella coscienza della gerarchia il rispetto al legittimo potere sovrano ed all'autorità dello Stato: per mantenere la sua attuale libertà che s'è venuta svolgendo all'ombra delle leggi e con l'incoraggiamento d'una compiacente politica ecclesiastica, uscirebbe dal riserbo e non combatterebbe più quei cattolici che voglion prender parte alla vita pubblica: quindi per sottomettere legalmente il papa

(1) Schiappoli D.. *Manuale del dir. eccles.*, cit. I, n.° 187, pagg. 159 segg.
(2) Idem, *Manuale del dir. eccles.* cit., II, n.° 442, pagg. 76-77.
(3) Idem, *Man. Dir. eccles.*, II, n.° 591, pagg. 187-189.

cominciamo dal sottomettere legalmente la Chiesa e specialmente la gerarchia, respingendo l' invasione di essa dal campo della giurisdizione laica, dagli affari della politica interna dello Stato e cercando di togliere al partito liberale italiano l' illusione d' una conciliazione, che potrebbe significare assoggettamento dell' Italia all' influenza pontificia. Le condizioni future della Chiesa italiana saranno tali, che non lo Stato della Chiesa ma questa di quello avrà bisogno per sostenersi: quando la democrazia cristiana, guidata da uomini che hanno vivo il desiderio di conquistare i seggi del parlamento e di prendere parte attiva alla vita pubblica, scenderà in lotta per difendere quelli ch' essa chiamerà interessi della Chiesa minacciati da una politica anti-religiosa ed anti-cristiana e per mantenere il sentimento religioso nelle masse popolari, ciò ch' essa chiamerà rinnovamento cristiano dell' Italia, si troverà di fronte al socialismo, che crede aver monopolizzata per sè la causa dell' elevazione del proletariato. Nella lotta fra codeste due forze non sappiamo a chi resterà la vittoria definitiva. È certo che i cattolici dispongono d'una potente forza di coesione, la fede, di quattrini e di persone, cui le cure religiose lasciano tempo per ogni sorta di studi ed osservazioni: inoltre nella democrazia cristiana non vi sarà lotta di tendenze, che in sostanza si traduce in una lotta di persone, poichè tutto il movimento farà capo al papa e sarà da lui diretto. Ciò che ci sembra indiscutibile è che lo Stato dalla lotta di codeste due forze che penseranno a neutralizzarsi reciprocamente guadagnerà indubbiamente. Però i cattolici, per poter entrare in lotta a parità di condizioni, dovranno deporre il pesante fardello di tutte le encicliche pontificie, che parlano di revindicazioni di diritti della santa sede: poichè essi potranno anche sostenere che sono patrioti ed italiani, pur desiderando la restaurazione del potere temporale, ma il popolo, non avvezzo alle sottigliezze, non si convincerà mai che possano andare disgiunti i due concetti di patria ed unità d' Italia.

AVV. ERNESTO MASSA

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA TUTELA GIURIDICA

SOMMARIO: 1.° Concetto della tutela giuridica in generale. Sua necessità così a garantia dei diritti privati come dei diritti pubblici subbiettivi — 2.° La ragione alla tutela giuridica come diritto pubblico subbiettivo del cittadino — 3.° Essa presuppone sempre un diritto materiale — 4.° La tutela giuridica in rapporti ai diritti subbiettivi pubblici — 5.° Esclusione dal concetto di tutela giuridica delle istituzioni, che non tendono a proteggere un diritto subbiettivo.

1.° Diritto obbiettivo e subbiettivo così nel campo del diritto privato come in quello del diritto pubblico sono due termini correlativi, in quanto che vi ha sempre un diritto subbiettivo quando una norma giuridica tende a proteggere un determinato interesse. Ma nel concetto del diritto subbiettivo è inerente quello di tutela giuridica, che ne è il necessario complemento. Ogni diritto subbiettivo in altri termini presuppone sempre una tutela giuridica qualunque ne sia la forma e la estensione E tale presupposto è insito nel concetto di diritto subbiettivo qualunque sia la definizione che di questo si voglia dare. Difatti sia che lo si definisca un potere della volontà riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico (1), sia che lo si definisca un interesse giuridicamente protetto (2) sia che si considerino essenziali per la determinazione del concetto di diritto subbiettivo tanto l'elemento della volontà quanto quello dell' interesse (3), non si può negare che in tutte queste definizioni vi entri sempre come elemento integrante ed essenziale il concetto di une tutela o di una garantia. E forse il concetto più completo del diritto subbiettivo è quello che ci

(1) Cfr. WINDSCHEID — *Diritto delle pandette* — *Trad.* FADDA e BENSA, Vol I § 37 nota 3 e gli autori ivi citati.

(2) IHERING — *Esprit du Droit Romain* (trad de Meulenaure — Parigi 1886, IV pag. 315 e seg.).

(3) IELLINEK — *System der subiectiven öffentlichen Reehte* — Freiburg 1892, pag. 42 e segg. — CAMMEO — *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, n. 4 pag. 13 — ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi* — (nel Trattato di Diritto amministrativo italiano diretto dal prof. Orlando — vol. I, pag. 141 e segg. — FILOMUSI GUELFI — Enciclopedia giuridica — Napoli 1903, pag. 10.

vien dato da chi ritiene essenziale alla sua determinazione così il momento della volontà come elemento formale come quello dell' interesse come elemento materiale ed infine quello della garantia (4).

E per verità non è possibile concepire un diritto subbiettivo vero e proprio che non fosse fornito di una tutela sia pure indiretta. Il diritto infatti in senso obbiettivo importa sempre un comando rivolto ai subbietti giuridici e in senso subbiettivo una relazione tra i subbietti stessi. Tale relazione si concreta nella facoltà concessa al titolare del diritto di pretendere che altri faccia o non faccia qualche cosa. Ora tale facoltà resterebbe evidentemente priva di ogni pratica efficacia, se ad esaa non fosse accordata la necessaria protezione giuridica.

La necessità di una tutela giuridica è riconosciuta anche da chi nega essere la possibilità dellà coazione una nota caratteristica essenziale della norma giuridica. Il IELLINEK infatti nega che la coercizione sia un elemento essenziale del diritto, ma riconosce esplicitamente la necessità di una tutela. Egli infatti, partendo dal principio che solamente la volontà giuridicamente riconosciuta può, nel dirigersi ad un interesse concreto, produrre un diritto, afferma che il riconoscimento giuridico contiene in sè l'idea della tutela di ciò, che viene riconosciuto. Egli però al concetto, della coazione come elemento integrante del diritto tenta di sostituire quello di garanzia (5).

Senza entrare nella disputa gravissima se la possibilità della coazione sia un elemento necessario per la determinazione del concetto del diritto, ci basti notare che l' idea di una tutela o di una garanzia non può non essere un presupposto necessario del concetto di diritto subbiettivo.

E tale necessità s' impone non solamente nel campo del diritto privato, ma anche in quello del diritto pubblico, in quanto che la tutela giuridica è anche il necessario complemento dei diritti subbiettivi pubblici.

La possibilità della esistenza di essi nel diritto pubblico moderno è oramai ammessa da una autorevole dottrina. Contro chi negava la esistenza di tali diritti basta, a nostro avviso, la decisiva considerazione del IELLINEK che ogni diritto è relazione tra subbietti giuridici, è che un subbietto giuridico del tutto isolato è inconcepibile. Lo Stato stesso quindi in tanto può avere dei diritti in quanto si trova di fronte altre personalità, cioè dei subbietti, che alla loro volta sono capaci di diritti verso di esso. Ora tutto ciò sarebbe impossi-

---

(4) FILOMUSI-GUELFI — *Op. cit.* pag. 11.

(5) IELLINEK — *Op. cit.* pag. 333 e sgg. cfr. pure lo stesso autore *Das Recht des modernen Staates* — Vol. I pag. 303 e sgg.

bile quando nel campo del diritto pubblico si concepisse come unico subbietto lo Stato ed i cittadini semplicemente come obbietti (6).

Ammessa dunque l'esistenza di tali diritti, riesce evidente la necessità di una tutela, altrimenti essi resterebbero privi di ogni pratica efficacia. Riconoscere l'esistenza di un diritto subbiettivo importa anche riconoscere la necessità della protezione giuridica.

Quando dunque lo Stato per mezzo degli organi legislativi crea e riconosce i diritti subbiettivi deve per necessità concedere anche ad essi una tutela giuridica, di guisa che dal riconoscimento dei diritti subbiettivi in generale sorge la necessità della tutela giuridica e quindi la facoltà nel cittadino di reclamare dallo Stato tale protezione.

2.° Questa facoltà costituisce un diritto subbiettivo del cittadino verso lo Stato e propriamente il diritto alla protezione giuridica. Esso è un diritto di per sè stante e non una semplice appartenenza del diritto materiale, che tende a garentire (7).

È stata già dimostrata la possibilità della esistenza dei diritti pubblici subbiettivi in generale. Ora per vedere se nella categoria di essi trovi posto la ragione alla tutela giuridica cominciamo innanzi tutto dallo studiare come sorga e si svolga la funzione della tutela stessa.

La tutela giuridica, come dicevamo fin dal principio, è la necessaria e logica conseguenza della esistenza del diritto subbiettivo, che con essa viene protetto. La sua fonte è considerata da alcuni come una estrinsecazione della personalità in genere (8), da altri come un indennizzo un equivalente concesso dallo Stato al cittadino derivante dal divieto di farsi giustizia con le proprie mani (9). Certo da un dato punto di vista non è inesatto considerare il diritto alla tutela giuridica come derivante dal riconoscimenio della personalità, poichè, se per questa si ha da intendere la capacità di essere subbietto di diritti, è naturale che, avendo questi bisogno di una protezione, riconoscere la personalità vale quanto riconoscere il diritto alla tutela giuridica. Meno esatta ci sembra l'altra teoria che concepisce il di-

---

(6) IELLINEK, *System* pag. 9 e sgg. cfr. anche ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto dall' ORLANDO, vol. I, pag. 117 e sgg.) CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla Giustizia amministrativa,* pag. 28 e segg.

(7) Sul concetto di tutela giuridica specialmente in rapporto al diritto privato cfr. LANGHEINKEN — *Der Urtheilsanspruch* Lispsia — 1899 — FISCHER — *Recht und Rechtsschutz* - Berlino 1889 — GIERKE *Deutsches Privatrecht* I pag. 323 e sgg. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I. pag. 19 e sgg. FADDA - *Prescrizione della ragione commerciale* (nel Filangieri anno 1898 pag. 801 e sgg.

(8) IELLINEK — *System,* pag. 119 e sgg.

(9) LANGHEINKEN — Op. cit. pag. 17.

ritto in esame come un surrogato un equivalente del divieto di farsi giustizia da sè. Essa evidentemente parte dal presupposto dell' uomo originariamente isolato e libero illimitatamente, e che per conseguire i vantaggi della vita sociale rinunzia ad una parte della sua libertà originaria. Se non che è noto che tale presupposto è stato dimostrato del tutto astratto ed arbitrario e non rispondente alla realtà storica. Invece data la natura socievole dell' uomo lo Stato è una istituzione naturale e necessaria.

Ora posto ciò ed ammessa la necessità della coesistenza sociale, questa sarebbe impossibile senza la tutela giuridica e senza il divieto di farsi giustizia con le proprie mani, poichè altrimenti si avrebbe il *bellum omnium contra omnes*, cioè non una società organizzata, non rapporti di socievolezza ma là completa anarchia.

E se ciò e vero nelle relazioni tra privati lo è tanto più in quelle tra lo Stato e il cittadino, dove il farsi giustizia con le proprie mani o non sarebbe possibile e si avrebbe il dispotismo dello Stato sull' individuo, o sarebbe possibile e si avrebbe lo stato di ribellione. E tanto l' una cosa quanto l' altra sarebbero la negazione del diritto.

Certo i due fatti del divieto i farsi giustizia da sè e della protezione giuridica esercitata dallo Stato hanno un intimo nesso di connessione fra loro in quanto che tanto l' uno quanto l' altro sono conseguenza dell'esistenza dello Stato. Ma ciò nel senso che la tutela del diritto deve *necessariamente* essere esercitata dallo Stato, di cui è una funzione essenziale, mentre d' altra parte, se a ciascuno fosse lecito di farsi giustizia da sè si avrebbe la completa anarchia; e non nel senso che lo Stato concede la tutela giuridica perchè vieta ai cittadini di farsi giustizia da sè. Lo Stato invece la concede, perchè *deve* concederla, perchè tale funzione è condizione essenziale della sua stessa esistenza. Uno scrittore moderno di diritto pubblico dice molto bene sul proposito che « La tutela del diritto privato è un primo e necessario compito dello Stato. Ed è appunto ed innanzi tutto nel riconoscimento di tale obbligo che noi poniamo il concetto dello Stato » (10).

Il fenomeno dunque, che ci presenta il fatto della tutela giuridica è quella d'una funzione essenziale dello Stato da questo esercitata, e di una facoltà del cittadino di reclamare nel suo interesse l'esercizio di tale funzione. Tale constatazione di fatto ci spiana la via alla costruzione giuridica del diritto in quistione.

Nessun dubbio ci sembra possa esservi sulla esistenza d' un diritto alla tutela giuridica, in quanto che questo è la necessaria con-

---

(10) Haenel — *Deutsches Staatsrecht,* I, pag. 177, § 28.

seguenza del riconoscimento del diritto subbiettivo, che con esso si fa valere.

Tale diritto appartiene alla categoria dei diritti pubblici subbiettivi ed è rivolto verso lo Stato. La classificazione dei diritti subbiettivi in privati e pubblici e il criterio distintivo fra essi è senza dubbio uno degli argomenti più difficili della dottrina moderna, e non è certamente qui il caso di discutere largamente la quistione (11).

A noi pare però che il ROMANO abbia con molta esattezza tratteggiata la figura del diritto pubblico subbiettivo e la sua distinzione dal diritto privato, osservando che, perchè un rapporto di diritto pubblico si istituisca è necessario che lo Stato v' intervenga come sovrano, e i casi in cui esso agisce o interviene senza tale qualità rientrano nei domini del diritto privato. Secondo tale concetto sono diritti pubblici subbiettivi del cittadino quelli a cui corrisponde una obbligazione che solamente lo Stato, come sovrano, può adempiere In altri termini ogni diritto pubblico subbiettivo è diretto verso lo Stato *come tale* in quanto tende alla soddisfazione di un interesse, che solamente lo Stato può soddisfare (12).

Ora applicando tale principio, egli è evidente che il diritto alla tutela giuridica non può essere che un diritto pubblico subbiettivo. Esso difatti non può rivolgersi che verso lo Stato in quanto che solamente questo col suo potere sovrano può dare soddisfazione all' interesse relativo. Tale diritto non è nè può essere rivolto contro l' altro subbietto giuridico, poichè questi può bensì con lo spontaneo adempimento dell' obbligo suo rendere frustraneo l' intervento dello Stato, ma non può certamente fornire la protezione giuridica contro sè stesso.

Contro il privato è diretto il diritto subbiettivo materiale, ma non quello alla tutela giuridica. Questa distinzione e posizione di cose, che appare chiarissima nel campo del diritto privato, può presentare qualche dubbio in quello del diritto pubblico. Perchè nel primo caso vi è sempre una contesa fra due privati, o anche fra un privato e lo Stato in quanto questo assume la veste di privato, mentre invece nei rapporti di diritto pubblico la contesa è fra il cittadino da una parte e lo Stato come tale dall'altra. Potrebbe dunque sembrare che

---

(11) Cfr. IELLINEK, *System* pag. 50 e sgg. — HAENEL, op. cit. § 25 pag. 153 e sgg, LEUTHOLD, *Oeffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht. (Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik,* 1884 pag. 321 e sgg. REHM, *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes* (ibid. 1885 p. 89 e sgg.) NEUMANN, *Das öffentliche Interesse* (ibib. 1886 pag. 407 e sgg.), CAMMEO, op. cit. pag. 7. RAGGI, *La distinzione tra diritto pubblico e diritto e privato* (nel Filangieri, 1900 pag. 801 e sgg).

(12) ROMANO, op, cit. pag. 129 e sgg.

in questi casi tanto il diritto subbiettivo materiale quanto quello alla tutela giuridica fossero rivolti ambedue contro la stessa persona. Se non che è noto come nell'attuale organizzazione dello Stato, pur sussistendo la unità organica dello Stato stesso, la distinzione fra le sue funzioni e gli organi, che le esercitano è sviluppata in modo che può benissimo concepirsi sia un rapporto sia una contrapposizione tra due funzioni, tra due organi dello Stato stesso. Che anzi tale distinzione di funzioni è condizione essenziale perchè sia possibile una tutela giuridica del cittadino verso lo Stato (13). Nel caso nostro il diritto pubblico subbiettivo materiale è diretto contro lo Stato nello esercizio della funzione governativa, quello alla tutela giuridica contro lo Stato nell' esercizio della funzione giurisdizionale.

3.° Il diritto dunque alla tutela giuridica è un diritto di per sè stante diverso nel suo fondamento e nella sua funzione dal diritto materiale, che con esso si fa valere. Ma se è diverso ciò non vuol dire che ne sia indipendente, e che la ragione alla tutela giuridica prescinda del tutto dall' esistenza di un diritto subbiettivo. Il IELLINEK (14) afferma sul proposito che tale ragione non sorge da quella di diritto privato, ma la sua fonte è la personalità stessa, e che lo scopo della ragione alla tutela giuridica va oltre alla tutela delle ragioni di diritto privato. Essa esiste anche a tutela di rapporti, che come tali non possono essere il contenuto di un diritto. La ragione alla dichiarazione indica la intima indipendenza della ragione all'amministrazione della giustizia civile dalla esistenza di un diritto. La stessa opinione è stata sostenuta dal WACH (15) Egli afferma che la ragione alla tutela giuridica esiste non solamente dove esiste il diritto, e che le cosiddette azioni di accertamento negative hanno per scopo non la garantia o la conservazione di un diritto subbiettivo, ma in generale dell' integra posizione giuridica dell'attore. Il diritto materiale e la ragione alla tutela giuridica, secondo il WACH, non coincidono neanche nel loro contenuto, in quanto che quest' ultima vien soddisfatta per mezzo dell' azione della tutela stessa e specialmente per mezzo di una sentenza favorevole, laddove il diritto materiale acquista nella sentenza nuova forza ed ha bisogno di ulteriore soddisfazione.

Non sembra però che tali teorie siano completamente esatte. L' affermazione del IELLINEK che la ragione alla tutela giuridica abbia

---

(13) Cfr. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo* (*Digesto Italiano*, vol. VIII parte 2ª n. 4 e 7. pag. 851 e 852) — ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, pag. 47 e sgg. IELLINEK, *System* pag. 215 e segg.

(14) *System*, pag. 120.

(15) Op. e loc. cit.

la sua fonte nella personalità può dirsi esatta sotto un certo punto di vista, come già abbiamo osservato di sopra, in quanto sotto il nome di personalità si intende un subbietto capace di diritti. Ma appunto per questo, ritenere che la fonte del diritto alla tutela giuridica sia la personalità, non importa per nulla il negare che il presupposto del diritto stesso sia la esistenza di un diritto subbiettivo. Che anzi, l' affermazione del IELLINEK porta proprio alla conseguenza opposta. Le personalità in fondo, come lo stesso IELLINEK afferma, importa il riconoscimento di una sfera libera di azione, giuridicamente riconosciuta, il che è per lo Stato l' occasione di esercitare il suo dovere di tutela. Ora questa sfera di azione giuridicamente riconosciuta all' individuo in fondo non è l' insieme dei suoi diritti subbiettivi?

Nè ci sembra poi esatto l'argomento tratto dalle cosiddette azioni dichiarative, argomento che in fondo può dirsi la base della teoria sostenuta tanta dal IELLINEK quanto dal WACH. Non perchè l' azione dichiarativa non tende ad ottenere la condanna, ma semplicemente la dichiarazione di un diritto, deve negarsi che è sempre un diritto materiale la base di tale forma di tutela giuridica. Fu molto opportunamente osservato che la funzione della tutela giuridica è duplice; essa tende cioè prima di tutto alla dichiarazione del diritto ed in secondo luogo alla esecuzione materiale della sentenza (16). Ora di regola queste due forme sono ambedue esercitate, ma, come è possibile che vi siano diritti già certi e determinati i quali non hanno bisogno che della tutela esecutiva, così è anche possibile, ed avviene di fatti, che vi siano diritti, la cui tutela si esaurisce con la dichiarazione contenuta nella sentenza. Ed è appunto questo il caso delle azioni dichiarative. Difatti, senza entrare nelle gravissime dispute dottrinali sul carattere giuridico dell' azione dichiarativa (17), a noi pare che in fondo la base dell'azione stessa è sempre un diritto subbiettivo. Non perchè con essa non si tende, alla condanna positiva del convenuto, può negarsi che un diritto subbiettivo sia la base di queste azioni. Il diritto subbiettivo in tesi generale importa sempre la facoltà di pretendere da altri subbietti giuridici che essi facciano o non facciano qualche cosa; il suo contenuto materiale può in altri termini essere positivo o negativo. Ora nelle azioni, che tendono ad ottenere una condanna il presupposto è che la facoltà nascente dal diritto subbiettivo sia stata già violata con una azione o una omissione; invece nelle azioni dichiarative tale violazione non è avvenuta e l' azione non si propone la reintegrazione del diritto violato, ma,

(16) FADDA loc. cit.

(17) Cfr. le dispute stesse riassunte in LANGHEINEKEN. Op. cit. pag. 127 e sgg.

semplicemente la sua dichiarazione nel fine di impedire possibili violazioni. Ma è sempre un diritto subbiettivo il fondamento di tale azione.

L'unica differenza è che nelle prime si presuppone che il diritto subbiettivo sia stato effettivamente violato e con l'azione si tende ad ottenerne la reintegrazione, mentre invece nelle seconde la violazione non è avvenuta ed il loro scopo è puramente conservativo. Se si considerano i principali tipi di azioni dichiarative si avrà che a base di esse sta sempre un diritto subbiettivo. Difatti nelle azioni dichiarative di stato sta a base di esse il diritto ad un determinato stato civile, l'appartenenza ad una data famiglia, il diritto al cognome con tutte le loro conseguenze giuridiche. Le azioni di nullità hanno per base il diritto di non sottostare alle conseguenze di un negozio giuridico nullo.

Come si vede dunque è sempre un diritto subbiettivo materiale quello, che la tutela giuridica tende a garantire in tutti questi casi; l'unica differenza è che nelle azioni, di cui trattasi non si tende ad ottenere la condanna, ma la semplice dichiarazione. Ciò vuol dire che il diritto che con esse si fa valere in quel momento non ha bisogno di altra tutela che della semplice dichiarazione.

Le considerazioni fatte di sopra ci fanno convincere quanto sia poco esatta l'altra affermazione del Wach che il diritto materiale e quella alla tutela giuridica non sempre coincidono, in quanto che quest' ultima si esaurisce con la dichiarazione contenuta nella sentenza, laddove il primo per essere soddisfatto ha bisogno della esecuzione. Ciò non è esatto innanzi tutto perchè la tutela giuridica comprende così il procedimento di dichiarazione come quello di esecuzione ed essendo un accessorio del diritto materiale è soddisfatta col soddisfarsi di questa; cioè o con l'uno e l'altro procedimento, o solo con quello di dichiarazione, o solo con quello di esecuzione. Ed è strano poi che il Wach stesso affermi che la ragione alla tutela giuridica è mezzo allo scopo del diritto materiale, mentre poi sostiene che essa può sussistere anche indipendentemente dalla esistenza di quello.

Riassumendo noi riteniamo che il diritto alla tutela giuridica sia un diritto pubblico subbiettivo del cittadino verso lo Stato, distinto dal diritto materiale, che con esso si fa valere, ma ad esso coordinato come mezzo a fine, in guisa che l'esistenza di un diritto subbiettivo è il presupposto principale per l'esercizio del diritto alla tutela giuridica.

4.° Abbiamo già osservato che la tutela giuridica è il necessario complemento del diritto subbiettivo non solo nel campo del diritto privato, ma anche in quello del diritto pubblico. Posto ciò vediamo

se ed in quali limiti il modo di svolgersi della tutela giuridica in rapporto ai diritti pubblici subbiettivi presenti delle differenze in confronto della sua funzione in rapporto ai diritti privati.

È stato ritenuto (18) che l'affermazione del Ihering, secondo cui nella nozione di diritto subbiettivo è implicita la possibilità della coazione ossia dell'azione giudiziaria è esatta per il diritto privato, ma non lo è punto per il diritto pubblico. Tale opinione noi riteniamo esatta se la si intende nel senso che non tutti i diritti subbiettivi pubblici possono avere una tutela uguale a quella dei diritti privati, e specialmente perchè nel campo del diritto privato può quasi sempre dirsi che dove vi ha un interesse protetto con l'azione vi ha diritto subbiettivo, laddove lo stesso non sempre può dirsi nei rapporti di diritto pubblico (19). Ma ciò non vuol dire che i diritti pubblici subbiettivi non abbiano una tutela giuridica. Che in tesi generale la coazione sia un elemento necessario del diritto è stato esaurientemente dimostrato (20). Ed è stato dimostrato specialmente che quelle norme di diritto costituzionale, che sembrano non avere alcuna sanzione o l'hanno indirettamente o non sono vere norme giuridiche (21). Posto ciò è possibile discutere se in un dato caso vi sia un diritto pubblico subbiettivo, ma, dato che questo sussista, è necessario che vi si sia una tutela.

Se non che non bisogna confondere il concetto di tutela e di coazione giuridica con quello di coazione materiale. La tutela giuridica vi ha sempre quando ad un dato diritto subbiettivo corrisponde una sanzione sia diretta sia indiretta. Certo nel campo del diritto pubblico non sempre è possibile una sanzione diretta come in quello del diritto privato. L'esistenza di un diritto subbiettivo importa, come abbiamo più volte osservato, che il titolare di esso possa pretendere che altri faccia o non faccia qualche cosa; in altri termini una relazione giuridica tra due subbietti, l'attivo ed il passivo. L'attuazione normale o meglio la soddisfazione della ragione individuale presuppone sempre così un atto di volontà dal subbietto attivo della ragione stessa come un atto di volontà del subbietto passivo. E quando questo manca, e sorge quindi il contrasto, la funzione della tutela giuridica si esercita mercè la sostituzione della volontá dello Stato o meglio degli organi giurisdizionali dello Stato stesso a quella del

---

(18) ROMANO. *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi,* pag. 122.

(19) Cfr. CAMMEO, Comm. cit. pag. 105 e ssg.

(20) FADDA e BENSA nelle note al WINDSCHEID. Vol. I. pag. 540 e sgg. FILOMUSI-GUELFI. Op. cit. § 11 pag. 24 e sgg.

(21) CAMMEO. *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del Diritto amministrativo* (nel trattato dell' ORLANDO. Vol. III, pag. 18). Cfr. anche FORTI. *Il realismo nel diritto pubblico,* Camerino 1903, pag. 109 e sgg.

subbietto passivo. Ora tale sostituzione di volontà può in alcuni casi essere completa in modo da far si che il subbietto passivo del rapporto giuridico sia costretto a fare ciò a cui si era rifiutato. Se non che ciò non sempre avviene per un complesso di ragioni, che non è qui il caso di esaminare, e specialmente perchè alle volte la necessità della sostituzione della volontà dello Stato a quella del subbietto passivo viene in collisione con un altro principio, cioè il rispetto della libertà individuale, in modo che non si ritenga possibile costringere alcuno al compimento di un determinato atto. Così nel campo dei diritto privato la funzione giurisdizionale in una controversia riguardante obbligazioni di fare si concreta nella condanna del subbietto passivo ai danni e non all' esecuzione dell' obbligazione stessa. Lo stesso avviene in molti altri casi nei rapporti privati (22).

Così anche nei rapporti di diritto pubblico la sostituzione della volontà dell' organo giurisdizionale dello Stato a quella dell' organo amministrativo, che è in fondo il subbietto passivo del diritto pubblico subbiettivo del cittadino, non sempre ha luogo in modo da poter costringere ad agire il secondo in un determinato modo. Come nel diritto privato il rispetto della libertà individuale rende impossibile una così completa sostituzione di volontà, così nel diritto pubblico la necessità di lasciar libero il potere amministrativo nell' esercizio delle sue funzioni esercitate nell' interesse collettivo, ed altre considerazioni possono impedire la sostituzione stessa nell' interesse individuale.

Ma come in quei rapporti il diritto subbiettivo trova la sua sanzione nell' obbligo dei danni, così la trova anche in quei rapporti di diritto pubblico dove tale sostituzione completa non è possibile. La responsabilità dello Stato, che un tempo veniva o negata o ristretta ai soli rapporti nascenti dai cosiddetti atti di gestione, e oramai largamente ammessa da una autorevole dottrina e giurisprudenza E forse può dirsi che allo stato più recente della dottrina le dispute tra i giuristi concernono piuttosto il fondamento giuridico su cui basare la responsabilità stessa anzichè l'affermazione o meno della esistenza di essa (23).

---

(22) Cfr. FADDA e BENSA. Op. loc. cit.

(23) Cfr. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato* (Archivio di diritto pubblico, 1893 pag. 241 e sgg. 321 e sgg.). CAMMEO, *Commentario* cit. pag. 211 e sgg. n. 86 e sgg. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti del cittadino verso l' autorità amministrativa* (nel Trattato dell' ORLANDO, Vol. III pag. 232 e sgg.). ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo*, n. 47 pag. 50 e sgg. SOLARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per gli atti di impero*. Napoli 1902. Per una larga esposizione delle diverse teorie sulla responsabilità dello Stato vedi ROCCO *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii* (Rivista penale. 1902, vol. LVI fasc. III, IV e V.)

La responsabilità dello Stato costituisce quindi una sanzione generale a tutela dei diritti pubblici subbiettivi del cittadino. Essa sussiste tutte le volte, in cui o venga violato dall'amministrazione un diritto di simil genere oppure quando, pur non essendo illegittimo l'atto dell'amministrazione, pur tuttavia esso sacrifica il diritto individuale al vantaggio della collettività; e quindi sorge a vantaggio dell'individuo il diritto all'indennizzo verso lo Stato come rappresentante dell'interesse collettivo. Naturalmente la responsabilità stessa tutte le volte, in cui non è possibile la revoca dell'atto amministrativo si converte in una obbligazione di dare.

Si ha quindi in questi casi quella, che vien designata dagli scrittori col nome di *conversione di un diritto individuale*, e che costituisce la principale garantia dei diritti pubblici del cittadino verso lo Stato. E la tendenza della dottrina moderna ad allargare il concetto della responsabilità dello Stato indica appunto che, anche nel campo del diritto pubblico, non è possibile concepire un vero e proprio diritto senza una garantia.

Una sanzione indiretta del diritto subbiettivo del cittadino può anche aversi in disposizioni penali contro i funzionarii quando si rifiutassero al compimento di atti del loro ufficio, a cui il cittadino può aver diritto (art. 178 cod. pen.).

Ogni volta dunque che vi ha un diritto subbiettivo del cittadino verso lo Stato ci deve sempre essere una tutela giuridica, tutela che può concretarsi o nell'annullamento dell'atto amministrativo, che ha violato il diritto stesso, o nella riparazione del danno.

E la tutela stessa esiste anche a vantaggio dello Stato per i suoi diritti pubblici subbiettivi verso il cittadino. Questi si concretano nei cosiddetti diritti di supremazia ed hanno nello Stato moderno la loro principale tutela nella giurisdizione penale, in cui il contrasto sorge tra lo Stato rappresentato dal Pubblico Ministero e il cittadino, ed è risoluto dall'organo giurisdizionale.

Possiamo dunque dire in tesi generale, che, come nel diritto privato così anche nel diritto pubblico, ogni ragione individuale presuppone sempre una tutela, di guisa che dove vi ha diritto ivi vi ha sempre una tutela giuridica.

5.° Come però non è concepibile un diritto vero e proprio senza una tutela, così non è neppure concepibile una tutela, che non abbia per fondamento un diritto subbiettivo. Noi abbiamo già dimostrato nelle precedenti considerazioni come non sia possibile concepire un diritto alla tutela giuridica, che non abbia per base un diritto subbiettivo materiale, e che le cosiddette azioni dichiarative hanno per fondamento sempre un diritto subbiettivo che con esse si fa valere. Lo stesso è da ritenersi per i rapporti di diritto pubblico. Non sembra

quindi che possa includersi nel concetto di tutela giuridica quella che il IELLINEK (24) chiama la ragione a far valere interessi di fatto e che si concreta nel diritto di ricorso. Il diritto stesso non può chiamarsi una vera e propria forma di tutela giuridica, neanche incompleta, appunto perchè con esso non si fa valere una vera e propria pretesa individuale costituente un diritto subbiettivo materiale, ma solamente un interesse. Il contenuto infatti del diritto stesso non sta nella facoltà di ottenere un determinato atto da parte dell' autorità amministrativa, ma solamente nel pretendere l' esame delle ragioni e deduzioni svolte col ricorso. La base dunque del ricorso stesso non è un diritto materiale; perciò questo non può esser ritenuto una vera e propria forma di tutela giuridica. Il diritto di ricorso invece costituisce esso stesso un diritto materiale ed il suo contenuto si concreta semplicemente nella ragione a pretendere una risposta motivata e la sua garantia può consistere nella responsabilità dello Stato o nella sanzione penale contro il funzionario che si rifiutasse di provvedere sul reclamo.

Per la stessa ragione a noi sembra che debba escludersi dal concetto di tutela giuridica qualunque forma di controllo, che non tenda alla garantia di un diritto subbiettivo materiale. Perciò la concessione di forme contenziose nei reclami amministrativi non ci sembra che basti a dare carattere giurisdizionale alla potestà di deciderli. Nè ci sembra che possa avere neanche carattere giurisdizionale la decisione del reclamo amministrativo quando l' esame dell' autorità, che deve decidere sul reclamo, concerne soltanto la legittimità e non anche il merito dell' atto amministrativo. È stato recentemente sostenuto da un illustre giurista (25) in rapporto al carattere delle funzioni della IV Sezione del Consiglio di Stato che le funzioni stesse hanno carattere giurisdizionale, pur sostenendosi che innanzi alla Sezione stessa si fanno valere interessi e non diritti. Lo SCIALOIA sul proposito, paragonando l'atto di amministrazione a quello di giurisdizione osserva che tanto nell' uno quanto nell' altro si può ordinariamente riscontrare un giudizio logico ed un atto di volontà, ma il criterio differenziale tra l' uno e l' altro sta nella prevalenza, che negli atti amministrativi si dà al momento della volontà, negli atti giurisdizionali a quello del giudizio, di guisa che nei primi il giudizio logico non ha valore per sè stante e va considerato soltanto come una premessa dell' atto, mentre nei secondi si ha riguardo appunto al giudizio, e l' atto di volontà si considera soltanto come un effetto

(24) *System* pag. 123.

(25) SCIALOIA. *Sulla funzione della 4ª Sezione del Consiglio di Stato, per l' art. 24 della legge 2 giugno 1889.* (Giustizia amministrativa 1901, parte IV, pag. 61 e sgg.

consequenziale (26). In conformità di tali concetti egli considera come giurisdizionale la competenza della IV sezione pur ritenendo che essa è istituita non a tutela di diritti, ma di interessi. In altri termini per lo SCIALOIA è possibile una competenza giurisdizionale anche quando non si tratta di tutelare dei veri e propri diritti. In tal modo si fa risorgere sotto altra forma il concetto di una giurisdizione obbiettiva, che giustamente è stato combattuto. Poichè lo ammettere che possa esservi una giurisdizione là dove non si tratta di tutelare diritti subbiettivi significa ritenere che la funzione giurisdizionale possa anche avere per scopo la tutela e la reintegrazione del diritto obbiettivo violato.

Ora il concetto di una giurisdizione puramente obbiettiva nel campo del diritto pubblico è sorto piuttosto da una tendenza politica autoritaria, ed è la conseguenza logica della dottrina, che nega l' esistenza dei diritti pubblici subbiettivi. Il MAYER infatti ammette l'esistenza di una giurisdizione amministrativa di caratteri obbiettivo, perchè ritiene che l' esistenza dei diritti subbiettivi nel campo dell' amministrazione è una cosa assai dubbiosa (27). In altri termini si parte dal principio che le norme del diritto pubblico restano sempre pure norme di diritto obbiettivo senza creare mai dei veri e proprii diritti nei cittadini, ma possono solamente per effetto riflesso produrre dei vantaggi agli stessi. Ammessa tale dottrina ne viene logicamente la conseguenza che possano esservi dei controlli, che abbiano una portata puramente obbiettiva in quanto tendono alla reintegrazione del diritto obbiettivo violato, e che pur tuttavia hanno carattere giurisdizionale.

Ma quando invece, come si è dimostrato, si ammette l' esistenza dei diritti pubblici subbiettivi, non vi è bisogno di ricorrere alla costruzione di una giurisdizione di diritto obbiettivo.

E per verità una giurisdizione di simil genere non avrebbe alcuna ragione di essere e contraddirebbe a quello che è il concetto storico di ogni forma, sia pure rudimentale, di giurisdizione. Difatti se noi guardiamo qualunque forma di giurisdizione sia sotto uno stato libero, sia sotto uno stato dispotico, noi non possiamo prescindere dall' elemento subbiettivo, cioè da quello di due pretese individuali in con-

---

(26) Op. cit. pag. 72.

(27) OTTO MAYER *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. I pag. 163 e 164 nota 8. Ammettono anche l'esistenza di una giurisdizione di diritto obbiettivo R. GNEIST. *Lo Stato secondo il diritto* (Biblioteca di scienze politiche — Vol. VII, pag. I294 e segg.) G. MEYER *Lehrbuch des deutsehen Verwaltungsrechts* — Vol. I. pag. 44 e segg. 164 e segg. — contro, ORLANDO — *La giustizia amministrativa* (nel *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, pag. 727 e segg.) CAMMEO - *Comm cit.* n. 119 e segg. pag. 277 e segg.

trasto. Potrà forse mancare la norma da servire di base alla decisione, ma non può mancare quello della pretesa individuale. E del resto la stessa ragione di essere del potere giurisdizionale ci porta alla stessa conseguenza. Se la funzione giurisdizionale, come benissimo ha osservato il MORTARA (28) costituisce la sostituzione della volontà dell' organo giurisdizionale dello Stato a quella del subbietto giuridico, che con un atto della sua volontà dovrebbe attuare il diritto subbiettivo di altri, è evidente che riesce inconcepibile l' esercizio della funzione stessa quando non si tratta di attuare e reintegrare un diritto subbiettivo. Perciò il MORTARA, che pure sostiene il carattere giurisdizionale della competenza dolla IV Sezione del Consiglio di Stato italiano, parte dal principio che la legge del 1889 abbia creato nel cittadino un nuovo diritto pubblico subbiettivo, cioè il diritto alla legittimità degli atti amministrativi (29). Senza entrare nella disputa gravissima: se effettivamente la competenza della sezione stessa tenda a tutelare diritti o interessi, ci basti notare che solamente allora si potrà sostenere il suo carattere giurisdizionale quando si dimostri che essa tutela diritti subbiettivi.

La tutela e la considerazione de' semplici interessi, che nei rapporti tra privati non ha alcun valore, lo ha senza dubbio in quelli tra cittadini e Stato, e certo non si può negare che questo abbia il dovere di rispettare non solamente i diritti ma anche i semplici interessi individuali, attuando il bene comune col minor sacrifizio possibile deil' interesse individuale. Ed è perfettamente opportuno, ed avviene di fatti, che siano istituiti controlli, il cui scopo sia appunto quello di constatare l' adempimento di tale obbligo da parte dell' autorità amministrativa. Ma finchè il loro scopo rimane semplicemente quello della tutela di interessi non può ritenersi che con essi venga esercitata una vera e propria forma di tutela giuridica, anche quando i controlli stessi si limitino a constatare l' osservanza o meno del diritto obbiettivo da parte delle autorità amministrative.

Riassumendo dunque lo studio fatto finora a noi pare che possa ritenersi la esistenza di un diritto pubblico subbiettivo alla tutela giuridica, tanto nel campo del diritto privato come in quello del diritto pubblico. Che esso, pur essendo un diritto di per sè stante, presuppone sempre un diritto materiale privato o pubblico, che tende a garantire.

---

(28) MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. II, n. 421, pag. 541 e sgg.

(29) Op. cit., vol. I, n. 28 e sgg. pag. 28 e sgg.

GIOVANNI LOMBARDI

IL RISARCIMENTO DEL DANNO E IL CRITERIO PUNITIVO

Le critiche al sistema penitenziario attuale, le dottrine del determinismo fisio-psichico, economico e sociale, lo stesso movimento di simpatia verso tutte le forme del dolore, simpatia che è propria del nostro secolo, hanno aperta una breccia nelle vecchie teorie punitive.

Dal giorno che la scuola positiva assunse a base del diritto penale la protezione sociale, questo criterio, già ammesso anche prima d' altronde con forme più o meno ecclettiche, si può dire ormai accettato dai moderni dottrinarii di ogni scuola.

La dottrina del Carrara, la tutela giuridica della società organizzata come meta del diritto punitivo, è stata rimessa in onore, e si è da qualche ecclettico affermato che l' evoluzione stessa del dritto penale sia appunto rappresentata dal purificarsi ed elevarsi che fa la vendetta privata a vendetta sociale, come missione dello Stato. Che anzi, poichè un atto in tanto è reato in quanto è politicamente dannoso, come disse il Carrara, la tutela giuridica o protezione che lo Stato accordar deve non può che riferirsi principalmente alla riparazione del danno.

Quelli che non hanno avuto il coraggio di combattere o abbandonare il vecchio criterio filosofico della imputabilità morale, hanno nondimeno subito la tendenza moderna a cogliere nell'azione punitiva quello che è l'elemento tangibile del pericolo sociale, ossia il danno. E per quanto gli autori classici, fatta una simile concessione, respingano la conseguenza che il magistero penale possa restringersi nel dettato della riparazione dovuta alla vittima del delitto, sovratutto perchè vi sono delitti che costituiscono offese manifeste ai diritti della società umana tutta quanta; pure, checchè essi dicano, se la pena non può migliorare il delinquente, come non par più discutibile, la pena rimane vuota cosa se con essa non si ripari al danno prodotto dal delitto.

Aperto un varco nelle vecchie dottrine, queste non possono resistere alle conseguenze che la logica deriva. Ed è sorto però un movimento che da un lato, contrastando l' efficacia del nostro sistema penitenziario, dall' altro indicando il danno come l' elemento princi-

pale del delitto meritevole di pena e di risarcimento, ha portato alla conseguenza che nel risarcimento del danno si è fuso un nuovo criterio punitivo. E poichè l'ambiente è predisposto a salvaguardare le vittime di ogni specie, siano esse vittime del lavoro o del delitto, così, mentre il movimento legislativo volge intorno agli infortuni del lavoro ed al lavoro delle donne e dei fanciulli da un lato, dall'altro positivisti e classici e legislatori sono intenti a riformare il sistema penitenziario, in modo che con la pena si fonda il risarcimento, e questo ne costituisca la maggior efficacia.

E sono state innumerevoli le proposte, dalla riduzione della pena a chi risarcisse il danno all' inasprimento della stessa a chi lo rifiutasse, dal rimettere in onore l' arresto personale per il risarcimento non adempiuto, concetto informatore di una legge Mancini, a volgere il lavoro stesso del condannato al risarcimento; dalla condanna ad una penale per il risarcimento, condanna alla quale dovrebbero applicarsi le stesse sanzioni vigenti per il pagamento delle multe, alla condanna del risarcimento istesso, come unica misura punitiva nei piccoli reati.

Si è osservato pure che, come già è sancito nel nostro codice per i delitti contro la proprietà, si debba tener conto anche per gli altri delitti del risarcimento del danno nella irrogazione della pena. E sovratutto una forte corrente si è manifestata a che la funzione riparatrice fosse esercitata di uffizio, affidata all'opera del ministero pubblico durante i dibattimenti, dei giudici nella condanna, dell' amministrazione delle carceri nell' eventuale ricompensa del lavoro penitenziario e nella proposta per la liberazione condizionale. E fu proprio in un congresso di antropologia criminale, nel 1885, che sovratutto si insistette sulla necessità di questa funzione pubblica da introdursi nella nostra legislazione, nella convinzione che il risarcimento dei danni sia nell'interesse immediato della difesa sociale preventiva e repressiva del delitto.

È ovvio che una tale concezione che ormai, come ho detto, risponde, non solo alle nuove dottrine a cui le vecchie dottrine fecero concessioni in questa materia, ma ancora e sovratutto a quel criterio obbiettivo, verso cui si incamminano le discipline penali, adagiatesi finora sulla vecchia psicologia del libero arbitrio, porti alla riforma degli articoli 37 e 38 del C. P.

Egli è vero che l'art. 37 s' informa al principio che la condanna penale non pregiudica il dritto dell' offeso o danneggiato alle restituzioni o risarcimento dei danni, e che, se da un lato questo articolo si connette all'art. 1 del C. P. P., ha pure connessione con gli articoli 1151 e segg. del C. C. In modo che il dolo e la colpa son risarcibili di danno ed il criterio di valutazione è affidato al magi-

strato, per quanto questi al riguardo, come ben disse il Mayno, si sia mostrato titubante e gretto. Vi è pure una restrizione all'azione civile in confronto alla regiudicata penale nella disposizione dell' articolo 6 del p. p., ed il fondamento di tale restrizione e se il principio di dipendenza trovi costante applicazione nella legge italiana fu già da parecchi discusso, specialmente da Aristo Mortara nel 42° vol. della *Rivista penale.* Non è di questa dipendenza ch' io voglio occuparmi ma dell' altra, per cui il magistrato penale non può decidere definitivamente sull' azione per risarcimento proposta innanzi a lui dalla parte civile, e della necessità in cui la parte lesa trovasi quasi sempre con grave suo danno nel dover ricorrere al magistrato civile e ad un lungo giudizio per la liquidazione, dopo aver già subito il dispendio e il danno di un giudizio penale.

Chi sente di doversi agevolare la condizione delle vittime del delitto e di dover restringere la economia dei giudizii, non può non pensare che debbano essere riformate le disposizioni degli art. 512, 1. parte e 1. cap., 570, 571, 572 e 370 del Cod. di Proc. Penale.

Bisogna riconoscere invero che molti giuristi hanno lamentato la mancanza di disposizioni, che valgano a tutelare più efficacemente i dritti delle parti lese agevolando loro il conseguimento delle dovute riparazioni. E la stessa opera legislativa non è scarsa di tentativi.

Il ministro Calenda presentò al Senato nella tornata del 13 luglio 1895 un progetto di legge, che introduceva riforme: per procedere nel giudizio penale alla liquidazione dei danni; per dare facoltà all'offeso di domandare e ottenere nel giudizio penale la liquidazione dei danni, anche quando non si fosse costituito parte civile; per dare facoltà al giudice di pronunziare la condanna ai danni, anche quando fosse esclusa la responsabilità penale degli imputati; per imporrre al giudice penale l'obbligo di assegnare una provvisionale alla parte lesa, quando mancassero tutti gli elementi per una liquidazione definitiva; per il riconoscimento del dritto negli offesi dai delitti di omicidii e lesioni a una parte della mercede percepita dal condannato sul proprio lavoro nella casa di pena; e infine per ispeciali provvedimenti di tutela in favore dei minorenni incapaci e corpi morali.

Può dirsi che questo sia stato il tentativo di legislazione più audace a pro' delle vittime e in favore della tendenza a rendere di ragione pubblica la ragion privata del danneggiato. Infatti nella stessa commissione istituita nel '98 per riformare la procedura penale, nella seduta del 31 marzo 1900, il relatore Caracciotti non potette che aderire alle riforme concretate nello schema presentato dal Calenda (*Atti della commissione* vol. II, pag. 185).

E la conferma di quel che io dicevo, che da tutte le scuole cioè si propende ormai a migliorare la condizione delle vittime e a ren-

dere efficace la pena, si ricava dalla lunga discussione che avvenne in seno alla Commissione stessa.

Qualche commissario, come ad esempio il Vacca, riconoscendo che importava facilitare nel giudizio penale il risarcimento del danno, avvisò che bisognava guardarsi dall' eccesso opposto. Ma lo Stoppato riconobbe che in tema di risarcimento di danni alla parte lesa la nostra legislazione è veramente imperfetta e che occorrono riforme sostanziali.

Ed in applicazione di questo concetto egli presentò varie proposte radicali, tra cui prima quella di « riconoscere piena competenza al magistrato penale di giudicare sui danni dovuti alla parte lesa, anche accertandone l'ammontare in sede penale con mezzi specifici di prova, ammessi dalle leggi civili ».

Costituisce questa proposta il tentativo di confondere insieme le due giurisdizioni, che i vecchi giuristi vogliono ritener divise per scopi e metodi d'indagini. Il giudizio penale, essi dicono, deve avere il carattere vero e proprio di repressione sociale, epperò chi per la forma e chi per la sostanza si oppose nella Commissione alla proposta dello Stoppato. Il Mazzella pensò che ne verrebbe pregiudizio alla speditezza dei procedimenti; il Vacca si oppose per la confusione delle giurisdizioni, che ne sarebbe derivata. Invano fu proposta una via di mezzo dal Marsilio, che fece notare come la suddetta proposta mirasse soltanto a far divenire regola chiara e precisa ciò che costituiva un'eccezione nel disposto dell'art. 571 della Procedura, dovendosi in ciò vedere un progresso di giustizia sociale, specialmente in favore dei poveri. Egli soggiunse, e in ciò ebbe pure l' adesione del proponente Stoppato, che dove sorgessero necessità di adoperare mezzi istruttorii d'indole esclusivamente civili, come nei reati dipendenti da contratto o quasi-contratto, il giudice penale avrebbe potuto rinviare la causa alla sede civile. La discussione però già si allargava a considerare qual posizione debba avere la parte civile nel giudizio penale, ed è in questa questione implicita l' altra del risarcimento del danno.

Poichè i favorevoli alle vittime del delitto tentano di trasformare l' obbligazione civile nascente da delitto in una obbligazione tanto speciale che più non si appaghi delle discipline e tutele del diritto privato. Tentativo che non soltanto si esplica nel bisogno di trasformare l' istituto della parte civile nel senso di una liquidazione necessaria senza bisogno della costituzione della parte lesa, ma si è esplicato pure sotto la pressione dell'ambiente scientifico della scuola positiva ad allargare il contenuto della disposizione dell' art. 38 del C. P.

Nella relazione Zanardelli si legge che il contenuto di questa disposizione, conosciuta sotto il nome di *riparazione pecuniaria,* non è

il risarcimento di un danno diretto, ma sibbene la soddisfazione dell'oltraggio patito, del risentimento, del rammarico, prodotto dall'offesa a chi ne è stato vittima.

È chiaro che essa quindi si mostri superflua nella pratica applicazione, perchè si confonde col risarcimento del danno, e manchevole pure perchè si riferisce a una categoria speciale di delitti, a quelli cioè che offendono l'onore della persona e della famiglia.

La Cassazione, infatti, nella sola volta che a mia conoscenza di quest' istituto giuridico si è occupata (1), ha considerata questa riparazione come una conseguenza civile dei delitti contro l'onore. È così che per non rendere questo articolo superfluo e manchevole, o inutile, gli stessi giuristi della scuola classica hanno creduto di darne una lata interpretazione, estendendola ad altri casi di gravi danni morali. La stessa Commissione per la riforma della procedura penale ha infatti consentito ad allargare i limiti dell'art. 38, che ha una dizione erronea ed un contenuto troppo esclusivo. Ma, pur non volendo bandire dal processo penale l'azione civile, essi hanno avuto repugnanza a unificare le due azioni, che per natura, per fondamento e per fine ritengono nettamente distinte. La distinzione suprema fra pubblico e privato diritto, e la subordinazione del secondo al primo, formano per i giuristi della scuola classica la vita e la gloria della civiltà giuridica antica e moderna. « Conviene, dice il Fiore, attentamente considerare che tra il delitto penale e il delitto civile intercede una differenza sostanziale, che consiste in quello che il primo cioè non sussiste, se non quando uno abbia dolosamente leso un diritto protetto e tutelato dalla legge con sanzioni penali. Il secondo invece non sussiste se non quando il fatto delittuoso abbia cagionata la lesione attuale ed effettiva di un diritto privato patrimoniale. Dal primo deriva la responsabilità penale in forza della quale chiunque sia autore della lesione, o come agente principale, o come complice è *tenuto a riparare mediante l'espiazione della pena il danno sociale arrecato col reato*. Dal secondo deriva invece la responsabilità civile, che implica il risarcimento di ogni danno patrimoniale patito dal privato, per lo che l'obbligazione civile del risarcimento del danno non sussiste che nel solo caso, in cui esso si sia realmente verificato e non può essere estesa che tanto quanto risulti l'ammontare del danno patito » (2).

In modo che la questione del risarcimento è connessa a quella

---

(1) Ricorso Nigg. 14 febbraio 1902, relat. Gui (Giust. Penale, Vol. VIII).

(2) P. Fiore, Della legge che, secondo i principii del Dritto Internazionale, deve regolare le obbligazioni che nascono senza convenzione. Vol. III, Pel 50° anno d' insegnamento di E. Pessina, Napoli, Trani, 1899.

dell'esercizio dell'azione civile del danneggiato. E però è opportuno esaminare brevemente quello che è nella nostra legislazione e quello che dovrebbe essere.

Intorno all'azione civile si sono messi in luce tre sistemi.

Il primo, accolto in Inghilterra e in Germania, bandisce l'azione civile dal giudizio penale, salvo poche eccezioni. In Inghilterra i reati di libello famoso, adulterio, carcerazione arbitraria sono avocati al giudizio civile, poichè la relativa lesione di dritto è considerata sotto l'aspetto privato; in Germania per alcuni delitti si ammette una specie di penale *(Busse)* che non è una riparazione civile ma penale e ricorda il Diritto romano e l'antico diritto germanico.

Un secondo sistema rende l'azione civile pari alla penale a cura dello Stato. È sancito il cumulo obbligatorio delle due azioni, in modo che l'azione civile da privata diventa pubblica. Diede inizio a tal sistema la legislazione toscana del 1786 con l'art. 112. Parecchi codici lo hanno poi accettato, specialmente l'austriaco del 1893 nella 1ª parte del paragrafo 365, nel quale è disposto che il danno privato sia preso in considerazione di ufficio. Anzi è a notare che i codici precedenti del 1803 e del 1853 non erano dissimili.

Un terzo sistema è quello del cumulo facoltativo, per cui il danneggiato ha la scelta di adire il giudice civile o il penale, valendo il principio che *electa una via non datur recursus ad aliam.*

È noto che questo è il sistema adottato nella nostra legislazione, per quanto nel nostro codice di procedura sianvi due tentativi per rendere quasi l'azione civile di ragion pubblica, con gli art. 84 e 569.

Nell'ultimo capoverso dell'art. 84 è infatti detto che il giudice istruttore, *se vi è parte civile in causa, dovrà procedere ad ogni atto d'istruzione neccssario che questa avrà richiesto all'oggetto di stabilire il montare dei danni da lei sofferti.. Dovrà anche accertarlo d'ufficio allorchè potrà influire sull'applicazione della pena.*

E con l'art. 569 il legislatore impone al giudice di merito di pronunziare la condanna al risarcimento del danno *verso la parte civile e verso qualunque altro danneggiato, ancorchè non si fosse costituito parte civile.*

È un tentativo a cui si arrestò la nostra legislazione per rendere come l'azione penale così il risarcimento di ragion pubblica, agevolando il danneggiato; ma il sistema facoltativo rimane il principale della nostra legge, che è però in una via di mezzo tra l'inglese e l'austriaca ed è in arretrato di fronte al progresso della coscienza giuridica. Intanto, come avviene di tutti i mezzi termini, gli stessi seguaci del metodo facoltativo non sono d'accordo.

Il Brusa, come conclude in una lunga relazione (vol. III degli *Atti*, pag. 23) vorrebbe diminuite le prerogative della P. C. sì da

non esser questa parte principale, ma accessoria. E questo suo concetto manifesta pure nel suo articolo comparso nell' ultimo fascicolo della « *Rivista penale* », per quanto dica scarsissima la preparazione in Italia per interdire alla parte lesa l'ingresso nel procedimento penale. Egli riconosce che per le simpatie acquistate ai giorni nostri dalla parte lesa sia vana lusinga quella di poterla relegare nella sede civile, privandola della facoltà che ora possiede di entrare nella penale (1).

Il Pessina non crede che in questa parte la nostra legislazione debba essere ritoccata.

Lo Stoppato mira invece ad allargare i benefizi che la parte civile può trarre dal suo intervento nel giudizio penale.

In sostanza la Commissione non ha creduto introdurre, come si rileva dal complesso della discussione (vol. II pag. 361), profonde modificazioni al sistema facoltativo presente. E non poteva fare altrimenti una commissione di giuristi, i più rinomati senza dubbio, ma di così profondo sentimento classico, da non poter considerare come elemento prevalente nel delitto il danno, epperò come imprescindibile dovere del legislatore di tenerne conto, elevando l' azione di civile risarcimento ad uffizio pubblico, come è dell' azione penale.

Ed in vero gli effetti di una legislazione che come la nostra si tiene a mezzo di opposti principii non possono che essere disastrosi, in modo che, mentre sembrano legittime le considerazioni del Brusa contro la predominanza della P. C., d' altra parte non può essere revocata in dubbio la necessità che si sente, anche nella pratica, che sia migliorata la legislazione per conseguire un sollecito risarcimento di danni.

Si sa che nella pratica una liquidazione di danni può costare alla parte lesa agiata una liquidazione precedente del proprio patrimonio, e alla parte lesa povera tale scoraggiamento da sentirsi paga di qualsiasi offerta che le venga fatta.

Ma il male è anche più radicale, poichè è flagrante l' ingiustizia dell' art. 571 della proc. pen., che nel giudizio penale consente liquidazione di danni solo a favore della parte lesa costituita parte civile. Non è raro lo spettacolo di una parte lesa impotente a costituirsi parte civile, ed un obbligo siffatto non può venir consacrato in una legge che abbia di mira la necessità di salvaguardare le vittime del delitto.

La prevalente scuola classica non ha voluto affermarsi sul principio che la parte lesa abbia dritto di ufficio alla liquidazione del risarcimento, che ha concessa come una *facoltà* al giudice giudicante, insieme all' altra di accordare una provvisionale.

---

(1) Vedi dispensa 223ª, Emilio Brusa : *La contravvenzione penale e l' azione civile.*

Poichè, come tanti sociologi hanno osservato, è il dritto che più resiste allo sviluppo progressivo, è necessità contentarsi della timida affermazione, che in luogo dei dritti concede delle facoltà al giudice, ed è lecito sperare che se ne voglia tener conto in una codificazione prossima. Tanto più che la stessa Commissione ha portato il suo esame sull' art. 1969 C. C. N. 5, e sull' art. 10 della Legge 8 agosto 1895, e in forma alquanto liberale, poichè la iscrizione sui beni dell' imputato verrebbe concessa alla parte lesa anche non costituita parte civile, e tale facoltà, sia alla parte lesa che al pubblico ministero, non più soltanto dopo il mandato di cattura. Ben faceva notare il Vacca esser giusto si accendesse l' ipoteca legale anche in seguito al mandato di comparizione per potere così razionalmente correggere il presente ordinamento, che scema le guarentigie dell'erario e della parte lesa in quei reati in cui non si può spiccare mandato di cattura. E per quanto l' iscrizione della parte lesa fosse stata sottoposta dalla Commissione alla preventiva autorizzazione del magistrato, la stessa Commissione che ammetteva intanto il principio, sì da imporre al pubblico ministero la iscrizione d' ipoteca a favore delle parti lese minorenni, interdette o assenti, sì da pensare perfino a provvedere nella nostra legge alla responsabilità dei pubblici ufficiali, che i paesi civili hanno disciplinata con norme severe, pure del principio annullò le conseguenze pratiche e benefiche. Poichè per mere ragioni economiche e considerazioni verso le finanze dello Stato non formulò la Commissione nettamente il dritto di privilegio nella parte lesa del credito per danni e spese sul credito dello Stato per spese di giustizia, e si tenne paga ad un voto platonico. Trattavasi di estendere ai danni e ad ogni sorta di spese sostenute dalla parte lesa nel procedimento il privilegio che ora le spetta sulla somma della cauzione prestata dal delinquente per le spese relative alla cura, comprese quelle degli alimenti somministrati durante la malattia. Trattavasi insomma di dare un più largo contenuto alla disposizione dell' art. 229 della procedura, e a ciò consigliava pure l' autorità del Codice penale francese e dell' egiziano e il Regolamento di procedura penale austriaco, in cui il paragrafo 391 accorda al risarcimento del danno il privilegio sulle spese processuali.

Ma i Commissari, preoccupati delle presenti condizioni dell'erario, non stimarono opportuno introdurre questa riforma a favore della parte lesa, quasi che i criterii di giustizia dovessero essere sottoposti a quelli delle finanze, quando nelle loro teorie la funzione giuridica dello Stato è la funzione precipua e fondamentale.

Nè minore preoccupazione mostrarono nei casi più difficili di risarcimento, in quelli cioè di nullatenenza dei delinquenti. Si sa come nel caso di nullatenenza siano state fatte da molti giuristi e socio-

logi varie proposte, che si riattaccano al problema generale del sistema punitivo e al risarcimento del danno, che non solo può essere considerato per sè stesso come pena, ma anche quando è considerato allato ad altre pene, è parsa ad alcuni la più efficacé.

E si è detto: Il condannato deve con la mercede del lavoro da lui eseguito nelle carceri risarcire la parte lesa.

In quale misura? Qui la Commissione si è preoccupata, ritenendo che il detenuto al momento della sua liberazione abbia bisogno di un peculio per provvedere al proprio sostentamento e che però soltanto piccola parte della mercede dovrebbe essere prelevata a favore della parte lesa.

Io non dico che non sia legittima una tale preoccupazione, in una società specialmente come la nostra in cui si vive sotto l'impero della legge di concorrenza e dove questa fa chiudere la porta degli opifici spesse volte a quelli che hanno una fedina penale gravata di delitti. Pure non mi pare che debba meno preoccuparsi il legislatore della triste condizione che può essere fatta alla vittima del delitto in seguito a questo: poichè non è raro che gli effetti degli omicidi o delle lesioni impediscano ad uomini ancor vegeti di lavorare a prò delle famiglie che essi hanno prodotte, come non è raro che altri delitti lascino giovanette in condizione anormale e che in sostanza, tutto sommato, se è deplorevole la condizione del detenuto che ritorna alla vita libera, non lo è meno quella delle vittime del delitto, quando questo abbia, se non recise, indebolite le attitudini al lavoro.

In modo che dove il legislatore voglia e creda preoccuparsi della condizione del detenuto che ritorna alla vita libera, tanto piú dovrà farlo per quelli che hanno subito il danno di un delitto e che non possono in niun modo provvedere al proprio sostentamento.

E qui si presenta l'altra faccia del problema. Ammesso che il danno nei reati privati è la ragion prima di punire e negli altri reati è sempre elemento principale, è chiaro che la pena in tanto sarà efficace in quanto risponderà maggiormente al risarcimento del danno che il delitto ha prodotto.

Già abbiamo visto come tutte le scuole, sia obliando per un momento l'elemento intenzionale del delitto, sia sovratutto preoccupandosi dell'elemento obbiettivo, ossia del danno, propendono a questo ulteriore sviluppo del dritto punitivo, in cui il risarcimento del danno costituisca o per sè stesso una pena, o una riduzione della stessa, o una concomitante. Ed allora il problema punitivo nel modo come oggi è attuato si presenta in tutta la sua deleterea condizione, mentre sorge l'altro problema, se la pena possa avere al di fuori di questo equilibrio ottenibile col risarcimento del danno altra qualsiasi influenza.

Di fronte alla gravità di questi problemi, nei quali si possono intravedere di riflesso tutti i più gravi problemi sociali, poichè l'avvenire della delinqnenza è connesso allo sviluppo del genere umano in tutti i gradi possibili della civiltà, gli stessi giuristi che hanno subìto, se non accettato, il nuovo contenuto della scuola determinista, non han saputo sottrarsi ove a render preponderantc il concetto del risarcimento, ove a preoccuparsi di liberare il sistema carcerario dalla deleterea conseguenza della detenzione promiscua di più delinquenti in un ambiente chiuso alle energie della vita e del lavoro.

In un campo ove tutto è da rifare, dove quello che dovrebbe costituire il luogo di espiazione e di prevenzione, il carcere, è invece dalle statistiche dimostrato il luogo della maggior corruzione ed il cospiratore primo della recidiva, in un campo dove mentre le scuole omai si concordano a ritenere il lavoro come l'unico e solo rigeneratore della delinquenza, persiste tuttavia un sistema carcerario, ch'è la scuola dell'ozio e della perdizione, un sistema, che, lungi dal convertire i cattivi, perverte i buoni; dopo l'allarme dato dalle statistiche e dai capiscuola del positivismo moderno s'è sentito in tutte le gradazioni delle scuole la necessità di rendere almeno più efficace la pena, cogliendone il lato obbiettivamente osservabile del delitto, ossia il danno, una volta che è giocoforza rinunziare a redimere i delinquenti col presente sistema punitivo. Ed ecco come si sono svolte l'una accanto all'altro le due tendenze, dell'affermazione al risarcimento del danno e della riforma punitiva.

Senonchè dalla parte dei classici le affermazioni sono state timide e non sempre conseguenti o rispondenti al sistema, o efficaci nelle proposte riforme. Poichè a risolvere pienamente il complesso problema, che va dalla funzione pubblica del risarcimento alla riforma del sistema punitivo, nel qual giro di larghe riforme ogni cosa è causa ed effetto reciprocamente, è opportuno partire da un criterio positivo di penalità.

Date le linee fondamentali della filosofia su cui poggia la nostra attuale legislazione penale, vi è una impossibilità a ricevere dottrine o riforme che abbiano per fondamento criterii positivi, tratti dalla psicologia sperimentale e dalla statistica.

È così che si spiega la timidezza delle riforme proposte dai seguaci delle dottrine ufficiali e la loro impotenza così ad essere accettate, come a risolvere i gravi problemi dibattuti. D'altronde per i classici il risarcimento del danno deve risolversi quasi unicamente in una riduzione di pena. Invero il Brusa si è già occupato nella « *Rivista penale* » del Lucchini della efficacia della riparazione del danno privato nella repressione dei delitti contro la proprietà. Ivi sostenne che « usare un riguardo al derubato, col promettere al col-

pevole efficacemente pentito un vantaggio penale, non è solo obbedire a considerazioni di politica opportunità, o di interesse o diritto privato; ma è altresì ridurre la pena nei limiti dell' ufficio suo necessario e della necessità stessa d'esercitarlo ». E se il Brusa dalla riparazione del danno privato trasse argomento per reclamare una minor pena nei reati contro la proprietà, *Giuseppe Gregoraci*, in un volume sulla *Riparazione del danno nella funzione punitiva* (1) ne ha tratto argomento per reclamare uguale trattamento negli altri reati.

Ma il Gregoraci, senza avvedersene, non ostante la bella prefazione del Prof. Pessina, ha dimostrato la impossibilita che è nelle vecchie dottrine, anche quando si rendono ecclettiche, a risolvere i problemi nuovi, innestando sulle vecchie forme le riforme nuove.

Il Brusa, essendosi fermato ai reati contro la proprietà, poteva parlare di un risarcimento e di una corrispondente diminuzione di pena, perchè nei reati patrimoniali il danno non può che consistere nella effettiva diminuzione patrimoniale subita; ma quando questo criterio del risarcimento si voglia estendere agli altri reati, sorge la necessità di collegare in ragione di effetto a causa il danno ad una norma, che non può non essere in relazione col criterio generale della pena, oltre che coi criterii relativi del tempo in cui il risarcimento si effettui, della recidiva etc.

Se il criterio del risarcimento innova il fondamento filosofico su cui è costruita la pena nel nostro sistema legislativo, egli è chiaro che a volerne tener conto non può esser presa come norma la penalità sancita dal nostro codice. Invece il Gregoraci ammette che la pena è proporzionata a ciascuna lesione di dritto e che pubblici o privati che siano gl' interessi lesi, ove questi vengano riparati, si debba far luogo per ragion di giustizia alla diminuzione di pena; ma mentre in questa dinamica egli vorrebbe reciprocamente garentiti gli interessi pubblici e privati, nell' esame specifico che egli fa dei delitti, si sofferma come norma a quella pena che il codice nostro ha comminato per ciascun reato, pena che dovrebbe essere diminuita in caso di riparazione. Estende, come già ho detto il concetto del Brusa, dai reati patrimoniali a tutti gli altri, ed anche alla bancarotta, alle contravvenzioni e ad alcune leggi speciali, ed anzi prende a guida le diminuzioni di pena già accordate dal nostro codice per alcuni reati ove ne sia risarcito il danno. Ora è chiaro che la proporzione delle pene già fissate dal nostro codice, e dalla quale si dovrebbe partire per la diminuzione, risponde ad una norma intorno a cui s'impernia tutto il sistema punitivo. È possibile col criterio su cui fondasi il nostro codice risolvere un problema, che riconosce

(1) Unione Tipografico-Editrice, Torino 1903.

come base della pena il danno, come maggiore efficacia di essa il risarcimento? È possibile insomma così risolvere un problema che trae la sua esistenza, sia dal rinnovato concetto della pena, sia dallo scetticismo che invade ogni uomo veggente sulla efficacia morale della stessa, sia dalla necessità sentita universalmente di provvedere meglio alle vittime del delitto? Io ho già detto come il problema del risarcimento si sia allargato verso ampii orizzonti e come da esso, che ha potuto avere una origine tutta specifica, si sia l'esame venuto allargando fino a includervi la efficacia della pena e la necessità di un mutamento nel sistema punitivo, onde appare insufficiente alla risoluzione del problema, così come si è allargato, la monografia del Gregoraci, oltre a sembrare contradittoria a quei principii dai quali il legislatore è stato informato nella irrogazione delle pene ed ai quali non si può sostituire senza violenza un diverso criterio, da cui debba partirsi per la misura della pena istessa. Insomma la pena carceraria ha pel nostro codice la funzione di espiazione e di miglioramento del delinquente, e la proporzione delle pene è basata su questo criterio per ogni singolo delitto. Nel rinnovato concetto positivista invece col criterio del risarcimento si è fuso quello di un nuovo fondamento al dritto di punire, che però non può non variarne le proporzioni e i limiti. Si è riconosciuto che la pena non è il miglior rimedio contro il delitto e non ha l'efficacia che le si attribuisce, perchè i reati aumentano e diminuiscono per ragioni di ambiente fisico e sociale combinate con le tendenze congenite e con gl' impulsi occasionali degli individui, secondo una legge che Ferri chiama di *saturazione criminosa*. Le ragioni sempre più trionfanti del determinismo economico, le esperienze sempre più convalidate dalle statistiche hanno confermata la vacuità di quella dottrina, che diceva efficace la pena contro l'invasione della criminalità.

Che anzi, mentre in Italia, e sovratutto in Francia la severità della repressione giudiziaria non è diminuita, tuttavia la criminalità è andata sempre aumentando.

Dunque i sistemi penali e carcerari finora adottati non hanno risposto e non rispondono allo scopo di difendere la società da più frequenti attacchi criminosi. Da tutti quelli che non vivono di vieti pregiudizi scientifici è da ammettersi solo che la pena possa avere un' efficacia nei ristretti limiti di un motivo psicologico, e sibbene veramente solo per i delinquenti d'occasione e sovratutto quando essa sia ispirata nell'esecuzione ai moderni criterii scientifici delle discipline penitenziarie e della psicologia criminale, e quando sia coadiuvata da una prevenzione efficace della società circa le occasioni a delinquere. Epperò la pena così intesa non può avere per tutti i delinquenti una efficacia preventiva contro il delitto, e neppure la mi-

tezza o la severità della pena potrà esercitare influenza sull'aumento o diminuzione della delinquenza. Non s' intende Lombroso, quando dalla mitezza delle pene vuol desumere l'aumento della delinquenza, perchè contro un'efficacia preventiva che la pena può in rari casi esercitare congiurano, come i fatti e l' osservazione psicologica dimostrano, le forze psichiche del delinquente che si oppongono al naturale timore delle conseguenze dannose, e la imprevidenza propria di tutti i delinquenti.

È noto come neppure la pena di morte abbia esercitata una reale efficacia intimidativa, che anzi la violenza è un cattivo rimedio contro la violenza e lo stesso indirizzo storico del ministero punitivo dal Medio Evo a noi è stato quello di rendere meno violenta e diretta la reazione sociale contro i delitti. Sicchè si può concludere col Ferri che la pena come mezzo repressivo ha un' efficacia piuttosto negativa che positiva, e col De Notaristefani che « nella necessità di evitare i danni della impunità sta il criterio della punibilità ».

Accennato a questo criterio generale che si connette a tutto un indirizzo scientifico contemporaneo, al quale più scienze speciali collaborano, io non debbo dir parola nè de' sostitutivi penali, nè delle riforme sociali che assai più delle pene impedirebbero lo straripamento dei reati. L'igiene, si sa, è più utile della chirurgia; e tutto ciò che previene mediatamente è più utile di ciò che reprime con violenza; ond'è che, dato questo carattere negativo ed estremo delle pene per cui, come disse l'Ellero, esse per la preservazione della società tutto al più tengono sospeso il torrente degli impulsi criminosi meno forti, ne viene in conseguenza che tanto più la pena raggiungerà il suo scopo e sarà efficace per quanto ad essa sarà consociato indissolubilmente il risarcimento del danno. E vi sarà efficacia preventiva vera sol che alle pene detentive siano nella maggior parte dei casi sostituite pene pecuniarie, perchè, come diceva il Macchiavelli, gli uomini si lasciano piuttosto spogliare del sangue che del danaro.

Ma con quale criterio dovrebbero queste pene essere applicate? Le norme supreme ed assolute del dritto debbono convergere ormai verso la terra e la realtà delle cose. La sanzione penale che è in cima alla serie delle sanzioni naturali deve avere un fondamento positivo e saldo. Come disse il Romagnosi la responsabilità rende « obbligato taluno a risarcire un dato danno e a subire una data pena a motivo di quel dato effetto », e l'imputabilità « attribuisce a taluno un dato effetto come a causa produttiva del medesimo ».

Proporzionare gli anni di reclusione in base al criterio di un libero arbitrio, d'un quarto, d' una metà, o di una intera volontà, come sul criterio del dolo e delle cause minoranti di esso si fa nel nostro

codice, significa asservirsi ad uno spirito etico espiatorio, che è superato dalla scienza e che è destinato a sparire, in vista ancora della bancarotta degli attuali sistemi punitivi.

È così che il criterio del risarcimento, congiungendosi alla dottrina positiva, mentre obbiettiva il delitto cogliendone il lato sociale nel danno, individualizza la pena cogliendo la fisio-psicologia del delinquente.

E la riparazione del danno che abbiano vista accogliere timidamente, come una *facoltà* di funzione pubblica concessa al giudice dalla Commissione di revisione, che pel Brusa diventa la diminuente dei reati patrimoniali e pel Gregoraci la diminuente di tutti i reati, ma sempre sul criterio punitivo del codice nostro, assorge a criterio punitivo e può diventare efficace in un rinnovellato sistema di pena. Invero il Garofalo, che della riparazione alle vittime del delitto si è in congressi e monografie e opere occupato, potette presentare un razionale sistema di repressione, in cui, accanto alla eliminazione assoluta e relativa del delinquente, è considerata quale pena la riparazione del danno come multa allo Stato e indennità al danneggiato. (Pagamento di una somma — Rilascio di parte del salario — Lavoro coatto senza carcerazione).

Che anzi lo stesso carcere a tempo determinato sarebbe applicato per reati eccezionali (falsi e ribellioni), e in sostituzione della riparazione del danno e del lavoro obbligatorio. È riconosciuto così non solo l' obbligo del delinquente verso l' offeso, ma lo stesso risarcimento costituirebbe una sanzione da sostituirsi alla pena carceraria in tutti quei delitti commessi da delinquenti occasionali. È ovvio che se queste pene pecuniarie si proporzionassero non solo al danno, ma al delinquente, in modo da potere individualizzare la pena, potendo esse essere di facile applicazione, non solo compenserebbero lo Stato e le vittime dei danni sofferti, ma riparerebbero al danno che l'erario risente purtroppo oggi del sistema carcerario vigente, e alle conseguenze deleterie che questo imprime ai consociati del delitto, vissuti anche per poco tra le stesse pareti nell' ozio.

L' efficacia delle pene pecuniarie sarebbe poi immensa nei delitti patrimoniali, ove la sete di arricchimento attutisce tutte le piccole resistenze morali a delinquere, e pochi anni di reclusione sembrano poca cosa di fronte al miraggio di una futura ricchezza, di cui le leggi dello Stato e le leggi della moralità diventano impotenti a impedirne l' uso in considerazione del modo onde fu acquistata. E laddove i nullatenenti dovessero con il lavoro coatto rispondere del danno che hanno prodotto, essi si sentirebbero meno autorizzati a delinquere, in vista degli anni di mantenimento che lo Stato loro appresta dopo le comiche rappresentazioni giudiziarie. È fondato sulla

immoralità un sistema come il nostro che, mentre vuol difendere gli onesti dalla perpetrazione del delitto, lungi dall' attuare le riforme che ne impedirebbero lo straripamento, costringe gli uomini onesti a mantenere nell' ozio colui che ha delinquito e cagionato l' apprensione della pubblica tranquillità.

Con un criterio positivo non può che vedersi capovolta la funzione dello Stato, a cui spetterebbe in conseguenza, come funzione sociale, il risarcimento, e non solo nell' interesse diretto del privato offeso, ma anche nell' interesse indiretto e non meno efficace della difesa sociale. Giacchè la riparazione del danno non può nè deve avere soltanto una efficacia preventiva come un qualsiasi sostitutivo penale. Per il principio classico abbiam visto come la riparazione dei danni cagionati col delitto sia un obbligo puramente civile e privato del delinquente; ma questo sistema, che parifica l' obbligo del delinquente nel risarcimento del danno arrecato col suo delitto, all' obbligo che può derivare dall' inadempimento di un contratto è immorale, come ben dice il Ferri. In un sistema di difesa sociale contro il delitto il risarcimento del danno è funzione sociale ed è principio fondamentale della pena; e la procedura deve essere intesa ad assicurarne l'esecuzione sovratutto con l'obbligo imprescindibile di tutti i segregati « abili » al lavoro aperto.

La riforma deve tendere insomma a scemare l' utilità della delinquenza, poichè oggi, come ben nota lo Spencer, il delitto reca utile al colpevole, che si procura un gratuito vitto ed alloggio, mentre la segregazione reca danno alla società, sia per il costo, sia perchè nel carcere il delinquente peggiora nel fisico e nel morale, ed ivi, si prepara alla recidiva.

Abbiam visto come il criterio del risarcimento involge una riforma nel sistema punitivo; ma un' altra conseguenza non meno grave delle due presupposte riforme è, come già abbiamo accennato, il principio fondamentale del dritto di punire, che, non più sorretto dalla morale imputabilità, perde il subbiettivismo su cui è fondato, involgendo la trasformazione di tutto il nostro codice. Anche quelli che non lo riconoscono modificano con un eccletismo le conseguenze del sistema punitivo fondato sulla morale imputabilità e sull' espiazione: eccletismo che non può intanto risolversi se non in una grave contradizione, come appunto è avvenuto al Gregoraci e a tutti quelli che son sospesi tra il vecchio e il nuovo. Egli riconosce che oggi alla teorica del danno si volge con maggiore interesse lo sguardo, e che il concetto di punire, contrastata l' idea dell' imputabilità si accosta al riconoscimento di una necessità di repressione sociale. Riconosce insomma che l' elemento oggettivo del reato, il danno, si è reso più sensibile, più concreto e che però ad esso si deve volgere la

proporzione della pena come ad una responsabilità valutabile ed oggettiva. Questa stessa affermazione ci potrebbe autorizzare a concludere che quel tale criterio fondamentale è stato scosso dall'imo solo che si sia posto il problema nella sua nudità e verità del risarcimento del danno. Ed è questa appunto la grave conseguenza cui ho accennato più sopra. E se così è, è pur vero quanto abbiamo già detto, cioè che soltanto in un sistema positivo di penalità potrebbe essere applicato il nuovo criterio del risarcimento. È strano invero che il Gregoraci non si sia accorto della grave contraddizione a cui andava incontro, quando da un lato, sebbene in misura limitata, accettava il criterio del danno, e dall' altro sperava trarne utili e proficue conseguenze con l' adattamento del suo nuovo criterio alle vecchie figure delittuose del nostro codice. Questo è fondato sulla volontarietà, come cardine di responsabilità morale. Nell' art. 45 è tradotto il vecchio principio « *non datur peccatum nisi volontarium* ». Ed è chiaro quindi che tutte le specifiche responsabilità delittuose siano nel codice Zanardelliano ricalcate su questo criterio fondamentale dell' art. 45, e le pene sanzionate non ne siano che il riflesso. È risaputo inoltre che su questo criterio della volontarietà o del dolo è intessuta tutta la parte generale del codice nelle teoriche delle cause che escludono o diminuiscono la imputabilità, in quelle sul tentativo, sul concorso di più persone o sul concorso di reati e pene, sulla recidiva, sull'estinzione dell' azione penale e delle condanne penali.

E questo criterio generale, oltre ad influire su tutta la parte speciale, esercita una larga funzione nella misura della pena, che vorrebbe essere proporzionata al grado della volontà esercitata dal delinquente nel delitto, in relazione all'età, alla provocazione, ai mezzi compiuti o meno etc. A voler quindi sulle pene stabilite e su questi vecchi e assurdi criteri accomodare il nuovo criterio del risarcimento del danno, che è un criterio punitivo del tutto diverso, si rischia da un lato di negare quella responsabilità morale su cui fondasi la nostra legge, salvo a subirne le sanzionate conseguenze punitive, e dall' altro, quando la riparazione del danno non debba essere che un mezzo per diminuire la pena e non una pena per sè stessa, a cui le diverse classi debbano proporzionalmente sottostare, si rischia di creare una nuova fonte d' ingiustizie sociali, acuendo la disparità di trattamento fra le classi povere e le ricche. Ma quel che è peggio è che in questi sistemi ecclettici alla pena resta sempre il substrato metafisico di una espiazione, come funzione dello Stato per la tutela giuridica della società.

Invece nuovi criteri di giustizia sociale sono agitati e derivati dal risarcimento del danno. Non è possibile trarne benefiche conseguenze senza che alle vuote categorie dei reati si sostituiscano quelle effet-

tive dei delinquenti, in modo che per la difesa sociale il criterio della temibilità non sia trascurato o trascurabile.

L'ambiente nel quale vive il delinquente e si muove, la sua natura fisio-patologica debbono per il criterio della temibilità far valutare la spinta al delitto; in modo che ad un simile criterio aggiungendosi quello obbiettivo del danno, possa aversi quella tale individualizzazione della pena, che sola può costituire misura preventiva a difesa della società, e sola può impedire che nuovi privilegi si costituiscano di fronte al criterio del risarcimento del danno.

Solo così la pena può avere funzione preventiva, sanzione eguagliatrice, efficacia repressiva per tutti.

Mentre la società trasformandosi è sotto l'impero di vecchie leggi raffinate dalla logica formale e metafisica, mentre da ogni parte si sente il danno e il ridicolo di quest'opera inutile ch'è la funzione sociale della giustizia punitiva, al modo come è oggi ridotta, mentre, se corruttrice è la pena carcecaria, la stessa amministrazione della giustizia sembra tela di ragno tessuta a volte da microcefali funzionari ignari di ogni scienza, sprovvisti di ogni palpito umano sotto il largo giro della pomposa toga, l'opera di chi vuol rappezzare non può che riuscire inutile quando non è dannosa.

Instauranda est ab imis....

Quello che può fare la nostra vecchia legislazione, tirata su dai tempi di Roma così diversi dai nostri, è di colmare il vuoto creato dalla società più egoistica che sia mai stata, fra dritto pubblico e dritto privato, in modo che il magistrato giudicante possa in un tempo condannare alla pena e al risarcimento, e liquidare questo alla parte lesa costituita o meno parte civile.

La Commissione per la riforma della procedura penale con un metodo incerto e titubante, qual si conveniva alle ragioni filosofiche della scuola classica, credette risolvere il problema del risarcimento del danno concedendo al giudice la facoltà di provvedervi o meno.

Che il legislatore italiano voglia sostituire alla timida una piena affermazione di funzione pubblica e di dovere nel giudiee in prò delle vittime dei delitti, dei quali la società è in gran parte autrice, e dei quali lo Stato non sa, non vuole e non può assumere garenzia diretta, o almeno far proclamare pubblicamente la rivalsa, perchè questa rimane, come a' bei tempi di Roma, funzione privata di diritto civile.

Avv. Nicola Stolfi

—

SE SIA VALIDA L' IPOTECA ISCRITTA SOPRA UNA PARTE IDEALE DI UN IMMOBILE

Sommario: 1.° Posizione della questione — 2.° Opinioni di Duranton, Giovanardi, E. Bianchi e Mirabelli — 3.° Discussione degli argomenti che stanno per la nullità e per la validità della detta ipoteca — 4.° Conclusione.

1.° La questione che ci proponiamo di esaminare è se sia valida la ipoteca iscritta sopra una parte ideale di un immobile, come se A concedesse la ipoteca sopra la metà, il terzo del fondo Tusculano, sia pure designandolo specificatamente a norma dell' art. 1679 C. C. Quindi non cade in disputa la concessione di una ipoteca sopra una parte di un fondo, individuata sotto un dato numero catastale, o che si differenzii dal rimanente per cultura, o che si distingua dal tutto per confini naturali o artificiali. In tal caso non si avrebbe una ipoteca della quota, ma del fondo, poichè, così determinato, non sarebbe *pars fundi*, ma *fundus*, come con la solita precisione insegnava Ulpiano, a proposito delle servitù costituite dal padre di famiglia: *Plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in ædibus potest dici, si dominus pariete medio ædificato, unam domum in duas diviserit* (1), *ut plerique faciunt; nam et hic pro duabus domibus accipi debet* (l. 6 § 1 Dig. VIII, 4).

Lo stesso è a dirsi di chi concedesse una ipoteca sopra un piano di un suo palazzo, perchè anche in questo caso la cosa su cui si è concessa l' ipoteca è distinta dal tutto, insomma, *pro duabus domibus accipi debet.* Insomma noi ci occupiamo del caso in cui l' ipoteca sia data sulla quota intellettuale od indivisa di un determinato immobile,

(1) Il Serafini anzi, nella nota 4 al § 53 delle Pandette dell' Arndts, osserva che non è nemmeno necessario il muro divisorio; l' edifizio innalzato da un terzo sul confine di due fondi appartiene di per sè quasi *regionibus divisum* ad ambedue i proprietarii (arg. l. 36 Dig. VIII, 2).

appartenente ad un solo proprietario sopra una parte come porzione (*Antheil* dei tedeschi) secondo la distinzione del WINSCHEID (1).

2.° Prima di esporre la nostra modesta opinione, gioverà dire le ragioni che si potrebbero addurre sia per la validità, sia per la nullità di una tale ipoteca, non però nella forma monca adoperata da quei pochi che si sono occupati della quistione, ma con una relativa ampiezza, che, senza decampare dalla sobrietà necessaria nelle trattazioni giuridiche, valga a porre sott'occhio, come meglio e più completamente per noi si possa, la difficoltà e la importanza dell' argomento che abbiamo impreso a trattare.

Nel dritto francese la questione è generalmente trascurata, ma il DURANTON (2) che ne parla sostiene la validità di una siffatta ipoteca, che può presentare per il proprietario grandissimi vantaggi, tra cui importantissimo « quello di poter fare allora più agevolmente un nuovo mutuo con un'altra persona, perchè si trova più facilmente a prendere a mutuo sopra una prima ipoteca, che sopra una seconda, una terza, anche nel caso, in cui il valore dei beni, dopo il pagamento del primo o del secondo credito ipotecario, sembrasse offrire una sicurezza eguale alla ipoteca in primo grado ».

E presso di noi, prima della pubblicazione del Codice italiano e per il dritto pontificio, sosteneva la validità della detta ipoteca CLEMENTE GIOVANARDI (3) « perchè la sola difficoltà di fatto, che ne può emergere, è tutta unicamente relativa alla confinazione; imperocchè di primo tempo può parere incomportabile sulla indeterminazione precisa della cosa l' assegnarle i confini. Ma, fatto riflesso che le divisioni astratte di una cosa materiale si verificano egualmente in tutte le sue parti, e quindi che il quarto, il terzo, la metà, e così via via, sono in ogni e singola parte del tutto, la difficoltà subitamente sparisce. Avvegnachè allora diventino applicabili a codesta porzione *astratta ed indivisa*, che si vuole ipotecare, i confini medesimi, che sono propri del tutto. Avviene in somma lo stesso, di alloraquando la cosa è posseduta in comune da più, che i confini dell'intero fondo comune sono i confini delle singole porzioni di ognuno. E come in questo caso non si eleva nemmeno il dubbio » — il che vale tanto più per l' odierno dritto italiano, dato l' art. 679 C. C. — « che ne possa derivare un ostacolo al comproprietario della sua porzione del fondo comune o sociale, così non vi sarebbe ragione di sfor-

---

(1) V. WINDSCHEID Diritto delle pandette. Vol. I, p. II, § 142, 4, pag, 112 e seg.

(2) DURANTON Corso di dritto civile secondo il Codice francese. Vol. X n. 245, pag. 275.

(3) GIOVANARDI Il sistema ipotecario (Imola, 1855). Dissertazione XXIX, Vol. 2° pag. 95 e segg.

zare l' ingegno per trovare qui da dedurlo. » E data la suddetta ragione addotta dal DURANTON, come dato che un proprietario può avere in veduta di scinder la sua proprietà, di un fondo facendone due; o che lo stralcio di una qualche porzione più o meno grande, con assai di facilità utilmente vendibile a qualche vicino, possa essere eseguita senza togliere nulla o poco, all' intrinseco valore, ed alla fruttifera portata del fondo, il GIOVANARDI conchiude che l'ipoteca sulla porzione dell' immobile, o *astratta* o *concreta*, o *indivisa* o *divisa*, non è solo lecita, ma intrinsecamente buona.

Nella dottrina attuale invece i pochi scrittori che si sono occupati della questione sono o lasciano comprendere di essere per la nullità di tale ipoteca; così esplicitamente risolve la quistione il prof. Emilio Bianchi (1), la risolve implicitamente il Mirabelli (2). E l'illustre professore dell' Università di Pisa adduce due ragioni a conforto della sua opinione, egli cioè sostiene la nullità di una cosiffatta ipoteca; 1) sia perchè manca, o grandemente scema, quel valore commutabile che può servire al soddisfacimento del credito e che è base della garenzia ipotecaria, poichè la ipoteca costituita sopra la parte indivisa di un immobile trae seco il gravissimo inconveniente che il creditore non può subastarlo senza far precedere la divisione (articolo 2077 C. C.); 2.°) sia perchè la disposizione dell'art. 679 C. C., che ammette siffatta ipoteca quando l' immobile è proprietà indivisa di più persone, è una disposizione eccezionale, la quale, appunto perchè eccezionale, non può estendersi ai casi in essa non espressi. Ma per la nullità si potrebbero enunciare, a parer nostro, altre gravi ragioni che per ora enunciamo, e che in seguito verremo, una alle precedenti, illustrando. Si può infatti osservare; 3.°) che per l'art. 1967 sono capaci d' ipoteca: 1) i beni immobili, che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili, quindi non la parte ideale di un immobile, che è esclusa, come si vede, dalla legge, che in questa materia non ammette l' interpretazione estensiva od analogica, nè ammette deroga dalle parti, trattandosi di materia che si attiene all'ordine pubblico. 4.°) Inoltre l' art. 2024 prescrive che la riduzione delle ipoteche si opera col restringerle ad una parte soltanto dei beni indicati nell' iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l'iscrizione fu presa; ma non prescrive affatto che si possa ridurre ad una parte ideale l' ipoteca iscritta sopra tutto l' immobile, nel caso che sopra un solo immobile sia stata accesa la garenzia ipotecaria. 5.°) Infine una siffatta ipoteca avrebbe il difetto dell'indeterminatezza, requisito

---

(1) BIANCHI Delle ipoteche. Vol. I, numeri 275 e seg. pag. 485 e segg.

(2) MIRABELLI Delle ipoteche secondo il Codice italiano. Capo 8.° n. 4 pag. 231 e segg.

questo che deve interdersi compreso nell'altro della specialità. Questi, a parer nostro, sono tutti gli argomenti che si possono ritrarre dalle nostre leggi per sostenere la nullità della ipoteca, e, per quanto ci siamo sforzati di trovarne altri, dobbiamo francamente confessare di non essere riusciti a ciò, ed anzi siamo fermamente convinti che non vi sono altri argomenti seri da dedurre in sostegno della tesi della nullità.

Il primo argomento per la nullità, che si desume dall' art. 2077 C. C., non è insormontabile. È vero, infatti, che non si può procedere alla espropriazione prima che si proceda alla divisione delle quote tra i condividenti, salvo che non si vanti una ragione creditoria contro tutti i comproprietarii, ma l' argomento non si attaglia perfettamente al caso nostro, secondo il quale il debitore è l'unico proprietario dell'immobile, e dalla espropriazione, da lui certo prevista quando ha consentito l' ipoteca, non può derivare alcun danno ai terzi. Sicchè, sia per il principio *volenti non fit injuria,* che è assoluto quando il leso è capace di volere e quando il patto non sia contrario al dritto pubblico; sia perchè non può verificarsi alcun danno pei terzi, non è possibile applicare in questa materia l' argomento analogico, perchè *ubi cessat ratio legis, cessat et ipsa lex.* L'articolo citato si spiega solo perchè si è voluto che i condomini non risentano danno dalla espropriazione di una quota ideale dell' immobile comune; ma quando l' immobile appartiene tutto intero ad un solo proprietario, e questo ha consentito un'ipoteca sopra una quota ideale di esso, ha voluto così implicitamente consentire l' espropriazione di questa quota, perchè tutti sanno che il non soddisfacimento dell'obligazione può portare alla subastazione dell'immobile ipotecato. E tanto più una tale soluzione s'impone, in quanto l'art. 436 C. C. prescrive che la proprietà è il dritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti. Ora è vero che tale articolo ha sofferto delle limitazioni che eccedevano la sua portata così assolutamente enunciata, ma non vi è qui alcuna qualsiasi ragione per limitarne ancora la portata. — E coloro che dicono che la tanto estesa facoltà di disporre concessa al proprietario non può porsi in così aperto contrasto con la natura delle cose da attribuire ad una parte qualunque di un immobile, che non ha esistenza sua propria separata dal tutto, questa stessa esistenza, allo speciale oggetto di costituire sopra di essa il dritto reale d'ipoteca (1), vengono a spostare, ma non a risolvere la questione. Infatti si comprende benissimo che la cosa la quale non ha esistenza sua propria separata dal

(1) Cfr. Bianchi, op. cit. 2. 275, pag. 476.

tutto non è capace d'ipoteca, come se si trattasse di un muro, di una finestra e simili; ma il caso nostro è diverso, perchè la metà, il terzo di un fondo, una parte di un palazzo hanno certo un' esistenza a sè, trattandosi indubbiamente di parti di cose giuridicamente divisibili e che si possono concepire indipendentemente dal tutto.

Solo si potrà avere una *quæstio facti* che dovrà risolversi *secundum ea quæ proponerentur*. E invero: o nell'atto costitutivo dell' ipoteca si saranno date le norme con cui si dovrà procedere al distacco della quota ipotecata, e in questo caso non si dovrà che fare una mera operazione materiale, come se alcuno avesse dato l' ipoteca sopra il terzo del fondo Corneliano, da separarsi a cominciare da un determinato confine e secondo lo sviluppo di una data linea; o non vi sono nell' atto gli elementi sufficienti per tale determinazione, e allora non deve ritenersi soggetto all'ipoteca il terzo, la metà della estensione del fondo, il che sarebbe un criterio puramente meccanico e riuscirebbe pregiudizievole all'una o all'altra parte, ma il terzo, la metà *del valore del fondo;* insomma non si dovrà procedere alla divisione materiale, ma a quella che gli scrittori chiamano divisione di dritto, o anche meglio del valore dell' immobile.

Per tali ragioni l'art. 2077 non può applicarsi al caso che ci occupa.

Contro il secondo argomento si può obbiettare che la disposizione dello art. 679 C. C. era necessaria, in quanto che, mancando essa nel Codice Napoleone, se ne faceva questione ed erano divise le opinioni in Francia. A troncare, adunque, tutte queste questioni, il nostro legislatore ha sanzionato l' articolo suddetto che determina quali effetti può avere una ipoteca siffatta. Nel caso invece dell' unico proprietario una simile disposizione sarebbe stata inutile, sia perchè l'effetto non è un diritto condizionato allo scioglimento della comunione, sia perchè nei casi non contemplati dalla legge valgono le disposizioni analoghe (art. 3 cap. disp. prel. Cod. Civ.). Altrimenti, considerato che lo stesso art. 679 permette al condomino anche l' alienazione della sua quota ideale della comunione, si dovrebbe anche negare che un proprietario possa alienare o donare la quota ideale del suo immobile, sicchè si dovrebbe giungere alla conclusione, di non potersi per convenzione tra vivi costituire una comunione. La illogicità di questa conseguenza, che deriva logicamente e necessariamente dalla suddetta premessa, dimostra la poca attendibilità di questo argomento. Qui sottentrerebbe in tutto il suo vigore l' art. 436 C. C. che definisce il dritto di proprietà: e, come il proprietario ha il dritto di usare della cosa sua nella maniera più assoluta, purchè non ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti, così egli potrà vendere tutta la sua cosa, e potrà associarsi alcuno nel godimento di essa, vendendone una quota ideale e costituendo

una comunione. Ora se la vendita è più che la costituzione d' ipoteca, della qual cosa non può certo dubitarsi, e quindi non occorre fare la dimostrazione, la facoltà maggiore, che si deve riconoscere nel proprietario, comprende certamente anche la facoltà minore, giusta i triti aforismi che ogni momento si ripetono in tutte le lingue. Perciò la disposizione dell' art. 679 non è eccezionale nel senso che il condomino può ipotecare la sua quota ideale, giacchè, se anche fosse così, sarebbe identica la ragione della legge e si potrebbe usare per casi analoghi la interpretazione analogica, che, non come la estensiva, è certo permessa anche in casi di jus singulare: tale disposizione invece è eccezionale nel senso che risolve una questione in modo non molto conforme ai principii giuridici. Non è qui il caso di commentare tale disposizione, perchè ne abbiamo detto quanto basta per la nostra tesi: chi ne avesse vaghezza, potrebbe consultare la profonda monografia del Prof. Leonardo Coviello « la quota indivisa ed il divieto di espropriazione forzata » publicata testè nella 14.ª dispensa (10 ottobre 1903) della Giurisprudenza italiana. Ivi si potranno vedere non solo i difetti di questo art. 679, ma anche i rimedii proposti per ovviare a tali inconvenienti: rimedii questi che non solo toccano il dritto formale (come l' art. 44 della proposta di legge del Deputato Aguglia, svolta e presa in considerazione nella tornata del 9 aprile 1894, il quale articolo stabilisce che la subastazione può essere fatta anche per la quota indivisa di un immobile, ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietarii); ma ispirandosi alla più sana logica giuridica e alle leggi romane (l. 6 § 8 e seg. Dig. X, 3; l. 3 § ult. Dig. XX, 4; l. 7 § ult. XX, 6), male interpretate da *Domat,* tendono a regolare anche il dritto sostanziale (1). Qui una cosa sola si può e si deve notare: che non urta nè contro un testo di legge, nè contro un principio astratto di dritto la ipotecabilità di una quota ideale di un immobile, appartenga esso ad una sola o a più persone. Nè in proposito il nostro sistema di trascrizione presenterebbe difficoltà pratiche maggiori o diverse che non si riscontrano nel sistema d'intavolazione del dritto tedesco.

Sia il libro fondiario ordinato per fondi o per persone, non importa nulla nè per la iscrivibilità della ipoteca nè per l' effetto che ne deriva; e, quando si consideri che obbietto della proprietà è la cosa e non il diritto di proprietà, e che anche la quota ideale ha esistenza reale sol che se ne faccia il distacco, o che, sottentrando il prezzo alla cosa, si prelevi dall'intero ammontare del prezzo conseguito dalla vendita la parte corrispondente a quella per cui si è iscritta l' ipoteca, si comprende di leggieri che non vi è alcuna ragione per de-

---

(1) V. pure GIOVANARDI, op. cit. Vol. 2° Diss. XXVIII, § 4 e sgg.; pag. 68 e sgg.

cidere la quistione in senso diametralmente opposto, secondo che il fondo appartenga ad un solo proprietario o a più condomini. È proprio il caso di ripetere: *ubi eadem ratio legis, ibi eadem dispositio;* e, checchè si pensi, *in jure condendo*, della opportunità di permettere che il condomino ipotechi la sua quota indivisa, e degli effetti che da tale atto giuridico devono derivare, certa cosa è che ciò è ben possibile nello stato attuale del nostro dritto, e che è anche permesso nel diritto odierno tedesco, dal codice Guglielmo II.

Il terzo argomento, che cioè la legge dice essere capaci d'ipoteca i beni immobili, e quindi non la parte ideale di un immobile, neanche è inespugnabile. È vero, infatti, che le disposizioni della legge in questa materia sono di ordine pubblico, e non ammettono perciò deroga dalle parti, ma qui non si tratta di oggetti che hanno un contenuto diverso, ma di oggetti invece che hanno un contenuto identico, sebbene con diversa estensione. È vero che per l'art. 1967 non sarebbe ipotecabile un qualsiasi dritto, ad es. il dritto personale del locatore ad esigere il fitto della cosa locata dal conduttore, ma anche la parte ideale di un immobile ha la stessa natura giuridica dell'intero immobile, e quindi non si oppone alcuna ragione sostanziale all'ipotecabilità di questo dritto. Perciò qui non si tratta neanche di interpretazione estensiva od analogica, ma ricorre la nota regola di CELSO: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (l. 17 Dig. I, 3).

E neanche il quarto argomento è più vigoroso degli altri. Per l'articolo 2024 C. C. la riduzione delle ipoteche si opera col restringerle ad una parte soltanto dei beni indicati nell'iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l'iscrizione fu presa; ma ciò non vuol dire che se la ipoteca afficia un solo fondo che ecceda notevolmente la cautela da somministrarsi, non possa ridursi ad una sola parte del fondo, se però questo possa farsi senza danno nè del creditore, nè del debitore, nè dei terzi. Vero è però che in seno alla Commissione coordinatrice, venuta in discussione la proposta del DE FORESTA di modificare l'art. 2049 del progetto (divenuto l'articolo 2024 del codice), questi ebbe a dire (1): Esso (l'articolo) stabilisce che la riduzione delle ipoteche si opera colla restrizione ad una parte soltanto dei beni indicati nell'iscrizione; è meglio dire invece *ad alcuni soltanto dei beni etc.*, e ciò onde evitare il dubbio, che potrebbe per avventura sorgere dalla parola *parte*, quasi che la legge permettesse di restringere l'ipoteca ad una porzione di un solo stabile, ciò, che non è al certo nel concetto del suddetto articolo e sa-

(1) V. il codice civile ordinato dall'avv. SEBASTIANO GIANZANA — Vol. III. verbale n. 43 (seduta pomeridiana del 20 maggio) n. 2, pagg. 401 e segg.

rebbe contrario a tutti i principii della materia ». E la commissione riconosceva giusta l' osservazione del proponente, e riteneva per certo e fuori dubbio che l'ipoteca non possa essere ristretta ad una parte di uno stabile, ma soltanto ad uno o più degli stabili ipotecati, che sieno riconosciuti sufficienti per l'effetto dell' ipoteca medesima. Opinava però che il cenno predetto nel processo verbale fosse bastante per lo scopo cui mirava la detta proposta; nella quale opinione concorreva pure il proponente.

Ma, per quanto sia grandissima l'autorità della Commissione Coordinatrice, le sue opinioni non codificate non possono certo vincolare nè la dottrina, nè l' autorità giudiziaria, come nella questione in disputa sostiene con la solita autorità il MIRABELLI. E anzi, dal modo stesso come è formulato il verbale, si desume che tutti gli onorevoli Commissari erano spinti dalla non grave ragione teorica addotta al riguardo dai trattatisti francesi a ritenere che sarebbe contrario a tutti i principi del sistema ipotecario consentire la riduzione della ipoteca iscritta sopra un solo fondo. Il MIRABELLI ci apprende la ragione suddetta, riportando un passo di PERSIL che vale la pena di riferire: « allorchè l' ipoteca si estende sopra due o più fondi ed il debitore li alieni, sarà obbligato, ove non possa dimandare la riduzione, o di rimborsare il credito, avvegnachè non ancora esigibile, o di lasciare tra le mani di ciascuno acquirente la somma del credito, il che moltiplicherebbe le sue obbligazioni, e lo forzerebbe a lasciare la somma dovuta tante volte quanti sono i compratori. Per l' opposto quando non vi sia che un solo fondo ipotecato al debito, il debitore non può domandare la riduzione, perchè, qualunque sia il valore di quest' immobile, se egli lo vende, non è obbligato a lasciare tra le mani del compratore la somma dovuta se non una sola volta. Questa considerazione sarebbe essa sola sufficiente per non lasciare al debitore il diritto di domandare la riduzione, se non quando, avendo egli più fondi ipotecati al debito, fosse stato obbligato a lasciare tra le mani del compratore tante volte la somma dovuta, quanti sarebbero i fondi diversi ».

Ma si può osservare in contrario, che non sompre si argomenta rettamente dalla disposizione circa la riduzione il pensiero legislativo circa l' iscrizione; e che l' ipoteca sopra unico fondo è affatto distinta dall' ipoteca sulla quota ideale.

Resta infine l'ultimo argomento, che cioè tale ipoteca avrebbe il difetto dell' indeterminatezza, il quale requisito deve intendersi compreso nell' altro della specialità.

Ma neanche il detto argomento è inespugnabile, per la ragione addetta dal GIOVANARDI, nel passo surriferito. E invero le divisioni astratte di una cosa materiale si verificano egualmente in tutte le

sue parti, e quindi il quarto, il terzo, la metà e così via via, sono in ogni e singola parte del tutto, ed hanno quindi i confini medesimi che sono propri del tutto. Avviene lo stesso, alloraquando la cosa è posseduta in comune da più, che i confini dell'intero fondo comune sono i confini delle singole porzioni di ognuno. E come in questo caso non si eleva nemmeno il dubbio che possa derivare un ostacolo al comproprietario per la ipotecabilità della sua porzione del fondo comune o sociale, così non si potrebbe scorgere qui alcun ostacolo per l'ipoteca sulla quota.

Sotto questo rispetto ci soccorre la teoria del WINDSCHEID, che la cosa, ad onta che non esista effettivamente, si può concepire come oggetto di diritto, nel qual caso la parte intellettuale o indivisa, come la si vuol chiamare, indica la misura di quanto della cosa compete al titolare — della sua utilità, e nel caso di distribuzione tra i comproprietari — della cosa stessa, e quanto deve per parte sua contribuire nella spesa dipendente dalla cosa (l. 5 Dig. VII, 1; l. 5 pr. Dig. XLV, 3; l. 64 Dig. XXI, 2) — Ora lo stesso dritto romano ci offre un valido argomento per la nostra opinione, perchè in materia di comunione sanciva che il comunista poteva concedere un dritto di pegno solo sulla sua quota, *quia ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obbligare* (l. 3 § 2 Dig. XX, 4; vedi pure la l. 7 § 4 Dig. XX, 6) È vero, che si tratta qui dell'ipoteca sulla quota indivisa della cosa comune: ma lo stesso principio crediamo possa valere anche nel nostro caso.

Diversi sono però i modi d'individualizzare la cosa, secondochè la quota è stata stabilita in proporzione dell'*estensione* o del *valore*.

Nel primo caso ha luogo una elegante applicazione del principio generale contenuto nell'art. 1248 Cod. Civ. che, come è noto, ha innovato il sistema romano, che nelle obbligazioni contrattuali, il cui oggetto era un *genus* (la nostra specie), permetteva che il debitore desse anche la cosa peggiore: *Fidejussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo, a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit* (l. 52 Dig. *Javolenus* XVII, 1). L'unica difficoltà che può sorgere, poi, nel secondo caso dalla opinione cui noi aderiamo è che, quando alla scadenza non si soddisfacesse all'obbligazione, o dovrebbe operarsi il distacco della quota dell'immobile su cui si è iscritta l'ipoteca, o dovrebbe vendersi tutto il fondo, e quindi dal prezzo conseguito prelevarsi la parte corrispondente all'ipoteca iscritta. Ma la detta difficoltà non può convincerci ad abbandonare la teorica che è sorretta da tante buone ragioni:

3.° Sicchè, per le premesse cose, risulta che a nostro giudizio sono

nel vero coloro che sostengono la validità dell'ipoteca sopra la parte ideale di un immobile, quando, naturalmente, questo sia specificatamente determinato a norma dell'art. 1969 C. C., perchè altrimenti l'ipoteca sarebbe nullamente iscritta.

Ma decisa nel senso della validità la detta ipoteca, bisogna esaminare alcuni casi, diremo così di conflitto, tra ipoteche di questa natura ed ipoteche su tutto il fondo.

a) Nel caso che sieno state contemporaneamente o successivamente ipotecate parecchie o tutte le porzioni indivise del fondo, il Giovanardi decide, e noi ci sottoscriviamo alla detta soluzione, che se col prezzo del fondo conseguito dall'espropriazione non fosse possibile pagare tutti questi creditori ipotecari, ognuno dovrebbe risentire proporzionalmente al quoziente a lui ipotecato, giacchè per la porzione sulla quale egli ha preso ipoteca, deve considerarsi primo iscritto.

b) Più difficile a prima vista si presenta il caso della concorrenza di una ipoteca sopra una quota ideale e di un'altra su tutto il fondo, concesse a due diversi creditori; ma anche qui valgono i principii generali in materia ipotecaria. Bisogna, cioè, avere riguardo al tempo delle rispettive iscrizioni: sicchè, se la ipoteca sopra la parte abbia il primo grado, concorrerà per la prima sulla parte corrispondente del prezzo; se sieno contemporanee, andranno in contributo, l'una rappresentando solo la corrispondente parte ideale, l'altra l'intero; se l'ipoteca totale preceda, si soddisferà prima fino al totale suo ammontare sul prezzo conseguito.

Un caso elegante, per la inalienabilità che ne deriva, sarebbe quello di un fondo, una cui quota fosse dotale e sul rimanente si concedesse un'ipoteca.

Ma non è necessario moltiplicare i casi e darne le relative soluzioni: la casistica non ha fatto mai avanzare di un sol passo il dritto, e quando la teoria è informata ai rigorosi criteri giuridici e a riprova siasi fatta passare nel crogiuolo della vita pratica, il giurista non deve preoccuparsi di altro, sicuro che la formula astratta potrà decidere tutti i casi che potranno presentarsi nella vita pratica.

BIBLIOGRAFIE E RECENSIONI

Emanuele Cuzzeri — *Dei vari procedimenti speciali* — **Parte Prima, Verona, Donato Tedeschi e figlio, 1903, pag. 258.**

Il CUZZERI completa la sua opera *Il Codice italiano di procedura civile*, di cui si è pubblicato testè il vol. X, parte 1a, con questo commento al libro III del codice.

La prima parte pubblicata va dall' art. 778 all' art. 895. Concerne quindi le disposizioni comuni per le materie da trattare in camera di consiglio, l' azione civile contro le autorità giudiziarie e gli uffiziali del pubblico ministero, le disposizioni relative agli assenti, quelle relative al matrimonio, all' autorizzazione della donna maritata e alla separazione personale dei coniugi, le altre relative ai minori di età, all' interdizione e all' inabilitazione, alla rettificazione degli atti dello stato civile, e, finalmente, all' apertura delle successioni (apposizione e rimozione di sigilli, inventario, beneficio d' inventario, divisioni).

Il metodo è quello solito: ad ogni articolo del codice segue la raccolta cronologica delle massime di giurisprudenza, fino al 1903, che all' articolo si riferiscono, ed un breve commento in cui si dà conto delle questioni agitate, con la opinione degli scrittori nostrani di procedura e di quelli francesi.

Tutto ciò è certamente assai utile, perchè nella pratica spesso si è costretti, con le questioni, specie procedurali, che si ripetono troppo frequentemente, a tenere a portata di mano un prontuario delle opinioni altrui, visto che a queste, malgrado il contrario insegnamento, pur così conosciuto, dello Schopenhauer, si annette sempre assai valore. Ma chi pretendesse qualche cosa di più, e cioè, non dico una nozione organica degli istituti, che non si può dare con la vieta forma del commentario a metodo esegetico, sibbene almeno una larga discussione, che guidi alla formazione in chi legge di una opinione propria, attraverso gli elementi da sottoporsi ad esame caso per caso, certamente rimarrebbe deluso.

Non mancano poi le inesattezze solite nei pratici. Così non trovo specificata la distinzione, pur così nitidamente posta dal MORTARA (*Manuale*, II, lib. IV, *Procedimenti speciali*), tra affari contenziosi regolati con procedimento speciale e affari di giurisdizione volontaria: e vengono, p. es., indi-

cati confusamente tra gli affari nei quali non vi ha contradittore e gli affari di giurisdizione volontaria quelli che concernono l'apposizione e la rimozione dei sigilli o la vendita dei mobili o degli immobili della eredità beneficiata (Vedi all'art. 778, n. 3). Anzi, a riguardo dell'apposizione dei sigilli, si parla proprio di giurisdizione volontaria (Vedi sull'art. 848, n. 5), e, implicitamente, anche a riguardo della vendita dei beni inventariati (Vedi sull'art. 875, n. 4).

Eppure il conflitto è presto trovato. In materia di benefizio d'inventario, esso è attuale o virtuale tra l'erede amministratore e i creditori dell'eredità: e può sorgere anche tra più eredi. A me è accaduto di trovare due eredi con benefizio d'inventario, dei quali uno chiedeva la vendita dei beni mobili e l'altro no. Il pretore non poteva certamente provvedere, in senso affermativo, col suo decreto: e poichè il conflitto non era qui semplicemente virtuale, ma attuale, fu necessario che si instaurasse il contradittorio, e il pretore, esaminata la sua competenza per valore (arg. art. 69, 187 e 859 ult. capov. cod. proc. civ.), provvide con sentenza.

In materia di sigilli il conflitto è previsto esplicitamente dalla legge, la quale, all'art. 859, prescrive che, in caso di opposizione alla rimozione, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti all'autorità giudiziaria competente.

E qui accade di ricordare che l'articolo 863 dispone non potersi procedere alla rimozione dei sigilli senza che siano citate le persone indicate nell'articolo 868. Tra queste (art. 868) sono « i creditori che abbiano fatto opposizione alla rimozione dei sigilli. » Orbene, devono tali creditori essere citati, quando la loro opposizione sia stata rigettata? Il Cuzzeri nulla dice; eppure il caso è capitato a me più volte. Evidentemente la citazione dei creditori è dipendente sempre dal diritto che essi hanno di assistere alla formazione dell'inventario, e quindi va fatta solo nei casi in cui occorre l'inventario, come si evince dal combinato disposto degli art. 861, 863 e 868 del codice di procedura: altrimenti i detti creditori non avrebbero interesse (art. 36 cod. proc. civ.). Ma comunque sia di ciò, non è la questione ancora una prova che non siamo affatto in tema di giurisdizione volontaria?

È da rilevare altresì che malamente il Cuzzeri (sull'art. 778 n. 3) ricorda tra i casi di giurisdizione volontaria del pretore: *a*) il ricevere testamenti nei luoghi in cui domini la peste od altra malattia contagiosa (articolo 789 codice civile); *b*) l'assistere al deposito del testamento olografo, all'apertura e pubblicazione del testamento segreto, al ritiro del testamento, olografo o segreto, depositato (art. 912, 915 e 922 cod. civ.). Questi non sono atti di giurisdizione: nè sono tali neppure le sottoscrizioni ai libri e registri di cui parlano gli art. 357 e 2073 cod. civ. e gli art. 23 e 33 codice commercio.

Il magistrato è chiamato ad esercitare in tali casi piuttosto una funzione politico-amministrativa. E purtroppo non sono questi gli unici casi in cui una simile funzione è ad esso attribuita dalle nostre leggi.

È stato sostenuto, sebbene a torto, come ho altra volta rilevato (Galante, *Della efficacia attuale dei quadri o ruoli esecutivi nelle provincie napoletane*, in questa *Rivista*, I, fascicolo 5, al n. 15), che non sia atto giurisdizionale

nemmeno le esecutorietà data dal pretore, con la sua sottoscrizione, alle ingiunzioni o coazioni amministrative.

Nè i veri e propri atti di giurisdizione volontaria o onoraria possono a rigore dirsi giurisdizionali.

E si badi che tutto ciò sta, o che si ravvisi, secondo opina una dottrina molto diffusa, l'essenza della giurisdizione nella definizione di controversie, e quindi avente per campo proprio lo stadio di accertamento, o che si ravvisi invece nell' attuazione del diritto, e quindi comprendente ancne l'esecuzione, che altrimenti sarebbe piuttosto una funzione governativa. E potrebbe stare persino se si ritenga che organi giurisdizionali siano pure l'usciere e il cancelliere (SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 159, 167, 168; VACH, *Handbuch*, p. 316 e 322. Contra: PLANCK, *Lehrbuch*, II, p. 621; MORTARA, *Comm.* I, n. 162, II, n. 566 e 578).

Il CUZZERI pone tra gli atti di giurisdizione volontaria o nei quali non vi ha il contradittorio anche l'ipotesi dell' art. 1454 del cod. civ. in cui il pretore o il conciliatore deve « determinare il prezzo della vendita per incarico delle parti (sull' art. 778 n. 3). » Invece, a prescindere che il pretore o il conciliatore non deve determinare il prezzo, sibbene scegliere chi lo determini, è evidente che qui, come nei casi in certa guisa analoghi degli articoli 12 (clausola compromissoria) e 402 (arbitri conciliatori) del cod. di proc. civ., vi ha vero e proprio contraditorio (WACH, *Handbuch*, p. 64 n. 3).

E basti. Non vado oltre il commento del primo articolo di codice segnato nel volume (art. 778), perchè, a spulciare questo per intero, non la finirei più.

V. Galante

Dr. Iosé Olegario Machado — *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino t. I-XI* — Lajouane ed. Buenos-Ayres 1898-1903.

È l'opera di maggior mole che la cultura giuridica argentina abbia data intorno al Codice Civile. Essa consta di undici volumi nei quali si svolge il comentario dall' art. 1 al 4051.

L'opera contiene inoltre richiami di casi giureprudenziali ed uno studio sulla legge di registro.

Non è possibile in una recensione esaminare un'opera fatta a base di comentario, come quella del MACHADO: bisogna limitarsi a riprodurre la impressione critica che essa offre, considerata nel suo complesso, nel suo sistema, nella sua economia di trattazione. È utile ricordare come il Codice Civile Argentino, a simiglianza degli altri codici delle Americhe meridionali, sia una riproduzione del Codice Francese. Questo, seguendo nel metodo le Istituzioni di Giustiniano, divise la materia in tre libri: persone, beni e modi di acquisto della proprietà, nel quale ultimo libro si comprendono le successioni. Invece il progetto di Codice Argentino, compilato dal Sarsfield, seguì l'ordine seguente: persone e diritti personali nelle relazioni di famiglia, diritti personali nelle relazioni civili, diritti reali, successioni.

Il MACHADO ha divisa la sua esposizione in tre parti. Nella prima presenta il testo, cioè la esposizione dottrinale, che segue, nel miglior modo possibile, l'ordine ed il contenuto degli articoli: spesso, per ragioni di tratta-

zione, egli scinde l' articolo in due o tre sezioni che separatamente espone e comenta. Nella seconda parte presenta la nota, cioè il comento abbreviato dell' articolo: nella nota, che è la parte più importante dell' opera, il MACHADO espone le opinioni dottrinali e la critica di esse. Nella terza parte riproduce le note del Sarsfield, il celebre giurista che progettò il Codice Civile Argentino: a questa parte sono assegnati i casi di giurisprudenza.

Questa divisione a noi non pare abbastanza giustificata: bastava, per la maggiore semplicità dell' opera, la esposizione della legge ed il relativo comentario, nel quale si potevano inserire le note dei SARSFIELD e la giurisprudenza, senza bisogno di creare una terza suddivisione.

Il valore innegabile dell' opera consiste specialmente nelle note, le quali sono informate alla dottrina francese, dal POTHIER, fino agli ultimissimi, come BAUDRY-LACANTINERIE. Della dottrina tedesca l' a. tien conto specialmente del SAVIGNY, ma non va oltre. Della dottrina italiana v' è, malauguratamente, omissione completa.

In quanto alla legislazione comparata, l' opera è corredata di numerosi ed utili richiami agli altri codici americani, al codice francese, spagnuolo, austriaco, al codice napoletano e sardo, al codice di Baviera ed al recente codice civile tedesco.

L' opera, in complesso, è di quelle che onorano un autore e la dottrina nazionale del paese.

A. Lucci

Silvio Longhi — *La riprensione giudiziale e l' evoluzione delle pene morali* — Milano — Società Ed. Libraria — 1903.

In un primo capitolo di questa lucida e interessante monografia del Professore Silvio Longhi, giudice a Bologna, è con vivacità di discussione dimostrata la bancarotta del sistema carcerario, che in tutte le legislazioni moderne è preponderante, poichè la multa non pagata si risolve anch' essa in detenzione.

L'esperienza, dice l'A., ed i maggiori e più profondi studî sui delinquenti e sulle cause del delinquente, hanno persuaso che la pena carceraria non è la più idonea e le tavole statistiche dimostrano chiaro come sian fondati i dubbi sulla efficacia degli stabilimenti carcerarî. Anzi, come il Manzini ha dimostrato, il carcere è coefficiente della recidiva.

D' altronde e la vita in comune nel carcere, e il sistema cellulare, che, a dir del Ferri, costituisce una delle aberrazioni del secolo decimonono, riescono alla maggior corruzione del delinquente. Il solo lavoro sarà il mezzo moralizzatore dei delinquenti nelle carceri.

Però non si può, dice l' A., attuare una radicale riforma, senza l' abolizione delle pene carcerarie di breve durata, perchè così sarebbe possibile far fronte anche alle esigenze economiche delle amministrazioni carcerarie. E se non l' abolizione, la riduzione almeno è una conseguenza inevitabile, ed è stata ammessa dalle più alte intelligenze, dal Bentham e dal Romagnosi fino ai nostri tempi.

Ma che sostituire alle piccole pene? Certo non le antiche pene corporali barbare e inumane; epperò convergendo sul terreno pratico e positivo tutte

le scuole, si esalta da tutti il principio fondamentale e fecondo della individualizzazione della pena, che porta in conseguenza a distinguere tra delinquenti abituali e delinquenti d'occasione, distinzione che è la piattaforma delle moderne riforme penitenziarie. E se aspra diviene la polemica sulla classificazione ulteriore dei delinquenti abituali, e sovratutto si discuta se debba prevalere il criterio antropologico e psicologico, per i delinquenti d'occasione l'accordo è completo. Per essi è evidente che occorrono cure piuttosto preventive che repressive: da qui la ragione degli articoli 53, 55 e 19, 22 del nostro codice e sopratutto l'istituto della riprensione giudiziale.

L'A. fa quindi la storia dell'istituto della riprensione giudiziale, da Roma ove ne è fatto cenno due volte nel Digesto, attraverso al Dritto canonico e alle diverse legislazioni italiane e straniere fino a' tempi nostri, in cui fu nel 1883 proposta da Zanardelli, che poi nell' altro progetto del 1887 con scarsa opposizione allo Camera, ma concorde parere al Senato riuscì a farla approvare. Nella relazione di Zanardelli è espresso il concetto che questo istituto ha scopo preventivo e serve anzitutto a stabilire una pena che sia al disotto del minimo stabilito dal codice.

Esamina dipoi l'A. tutte le ragioni teoriche, che specialmente nei congressi sono state esposte e valutate pro e contra l'istituto della riprensione giudiziale, che deve essere considerato come una pena che abbia valore morale e che però non deve essere confuso con l'istituto della grazia.

Le vecchie legislazioni non conobbero un simile istituto, se non in forma frammentaria, poichè la severità della pena e della pena carceraria costituiva il dogma assoluto a cui le leggi si ispiravano. Ma in Italia una forte corrente sostiene la necessità della riprensione giudiziale, specie quando si trattasse di delinquenti occasionali e primarî e ad essa parteciparono il Brusa, l'Impallomeni e in ispecie il Lucchini, che nella varietà delle sue funzioni di magistrato, deputato e scienziato, allora ristette, quando vide accolto l'istituto nella nostra legislazione.

Nota intanto l'A. come alcuni giuristi e specialmente il Garofalo alla riprensione si opponessero non ritenendo utile una pena morale, nè potendo ammettere e l'arbitrio del giudice nel concederla, e la concessione della stessa senza un previo risarcimento del danno privato.

L'A. esamina poi l'art. 26 del nostro codice che riguarda appunto la riprensione giudiziale facoltativa, risolvendo parecchie controversie che si son verificate nell'applicazione di questo articolo, specie in relazioni a leggi speciali precedenti alla pubblicazione del nostro codice. Di rincontro si occupa dei caratteri essenziali della riprensione giudiziale obbligatoria e delle condizioni per la sua applicabilità secondo il c. p. vigente, facendo così una minuta analisi dell' ultimo capoverso dell' art. 29.

E dopo aver fissato le norme di dritto si sofferma sulle norme generali per l'esecuzione della pena, in relazione con le norme che debbono regolare l'esecuzione della riprensione. Consacra infine la parte terza a una esposizione critica sulla riprensione giudiziale e i suoi risultati pratici e sulle relazioni fra queste e le altre pene morali; e specialmente fra la riprensione e il perdono giudiziale.

Il libro in sostanza è informato al criterio che le pene carcerarie di breve

durata in rapporto ai delinquenti primari e per lievi reati debbano essere abolite, e alla difesa sociale debba provvedersi con l' applicazione del mezzo repressivo minimo.

Assume così, dice l' A., la luminosa evidenza di un assioma la tesi del Presidente Magnaud, poichè una giustizia punitiva regolata da ferree norme astratte diventa in certi casi crudele, assurda e clamorosamente ingiusta.

Mi astengo dal fare osservazioni a questa dottrina che è vera specialmente per l' inutilità delle brevi pene carcerarie, più non potendo essere con criterio positivo accettata a' tempi nostri come sostituzione la pena morale, come largamente discuto nel mio articolo sul *Risarcimento del danno.*

G. Lombardi

Il lavoro delle donne e dei fanciulli — Milano, Hoepli, L. 1.50.

È il N.° 331 della serie scientifica dei manuali Hoepli, così utili ad ogni classe di professionisti e di studiosi. Per cura dell' avv. Enea Noseda sono in esso riportati tutti gli atti parlamentari relativi a questa importantissimo legge, oltre a' progetti anteriori e alla storia della legge attuale.

Vi è infine un commento della Legge e del Regolamento.

G. Lombardi

Avv. D' Agostino Michele, *Procedimento sommario nel suo contenuto e nelle sue attinenze col procedimento pretoriale,* Reggio Calabria, tip. Lombardi, 1903, pag. 143.

Non so perchè ho aperto questo libro con l' idea di leggervi delle buone cose. Nè la dedica, che parla di « paterna » amicizia del Mortara e del Nitti, il quale ultimo, come si sa, è giovanissimo, e di « tenuo » lavoro, nè la prefazione, senza della quale il libro, secondo l' autore, sarebbe « come un soldato senza il berretto designativo del reggimento, e del grado, » mi hanno arrestato. Eppure nella stessa prefazione si legge: « umile cultore di scienza giudiziaria, fin dall' apparire della riforma sul rito sommario, vidi la lacuna che ne verrebbe (sic) nella pratica, per la mancanza ecc.; » e: « se nella interpretazione della legge sono stato audace, o avrò talvolta errato, non chiedo venia, che deve essere spontanea nel lettore, ma sarò grato a chi me ne farà (sic) rilevare i difetti. »

Ho avuto il coraggio di andare oltre. E trovo che (l' autore comincia il libro così) « è orgoglio del secolo nuovo di aver vinto una *fatalità,* la quale travolse nei suoi gorghi *fatali* ecc.; » che la legge del 31 marzo 1901 « è la sintesi mirabile di una cooperazione nazionale (!); » che la detta legge « è un procedimento nuovo ed unico, potenziato (sic) di sufficiente garenzia delle parti; » che la storia del procedimento sommario « non può disgiungersi da quella del fiscalismo, divenuto oramai assorbente, e trasformato in un vero ricatto finanziario; » che « il formale rigorismo nell'uso della carta bollata, produsse e produce nell'applicazione le più tristi conseguenze, e potenziato dell'elemento fiscale (sic), degenera in attuale ricatto finanziario; » che « sotto un andazzo desolante, occasionato dalla cinica indifferenza del potere esecutivo, vigge (sic) in Italia un sistema ecc.; » che « lo spirito e le disposi-

zioni della nuova riforma permettono su vasta scala la citazione in carta nitida e pulita (sic); » che nel gennaio 1891 « si apre il terzo periodo, informato a criterii scientifici e determinazione di linee (sic); » che in questo periodo « il metodo sperimentale, e lo studio comparato delle legislazioni furono i caposaldi (sic) » dei progetti di riforma del procedimento; che prima invece « si astraeva dalla pratica, architettando progetti fantastici e complicatissimi (!); » che il Mortara « legò alla riforma la paternità scientifica e giuridica (sic), » ed è il suo « grande maestro e padre intellettuale (!). » Tutto ciò dalla pagina 7 alla pagina 13. E così finisce il capitolo I.

Ho avuto pure il coraggio di incominciare a leggere il capitolo II. Questo si apre così: « Primo e principale difetto del rito sommario del codice di procedura civile, e che si appalesò fin dal principio, fu il carattere di eccezionale allo stesso (sic). »

E basta.

v. g.

Giuseppe Satta — *La conversione dei negozii giuridici*, Milano, Società ed. Libraria, 1903. pag. 207.

Richiamiamo l'attenzione degli studiosi su questa importante monografia, la quale viene opportunamente ad arricchire la oramai non più troppo scarsa nostra letteratura sul negozio giuridico, in una parte, a dir vero, non ancora molto studiata ed approfondita dagli scrittori. Condotta con severità di metodo scientifico, pur tra le mende e le lacune che qua e là si avvertono, riesce un'altra confortante prova di quel felice rinnovamento operatosi in questi ultimi tempi anche presso di noi nel campo degli studi di diritto civile, il cui primo impulso, è giustizia ricordare, mosse appunto dall'illustre professore del nostro Ateneo, al quale meritamente il **Satta** ha dedicato il suo lavoro con riverente ed affettuoso pensiero di non immemore discepolo.

Tutta la difficile materia è distribuita in sei capitoli, talvolta forse un pò troppo lunghi, come tal' altra eccessivamente e sproporzionatamente brevi, dei quali i primi tre trattano delle generalità dell'istituto, delle analogie e differenze con altri affini e dello svolgimento storico-giuridico di esso attraverso il dr. romano, il dr. intermedio e le legislazioni moderne (cap. III); il IV ed il V de' presupposti teoretici e degli effetti in genere della conversione, e l'ultimo, che evidentemente è il più pratico ed importante, si occupa dei vari casi di conversione e perciò, anzichè un intero interminabile capitolo, per quanto suddiviso in altrettante distinte rubriche, avrebbe piuttosto dovuto costituire, nell'economia della diligente opera, una parte a sè, vale a dire la parte speciale, che a sua volta andava distribuita in tanti capitoli quanti sono i varii particolari casi in cui l'a. ravvisa un'applicazione pratica della sua teoria. Di questi, i più discussi ed importanti, quelli cioè relativi alla conversione dell'atto pubblico in scrittura privata, degli atti simulati, della cambiale e de' testamenti, ricevono un'adeguata ed esauriente trattazione; l'esame dell'ultimo, invece, quello relativo alla conversione e trasformazione delle persone giuridiche, ci sembra, nella sua latitudine almeno, un po' inadatto, se non addirittura del tutto estraneo all'argomento in esame, col quale, volendo pur seguire il metodo invalso e, certo, lodevole di trattare quistioni

di diritto amministrativo in relazione ed al lume dei principii generali del diritto civile, non ha nulla più che un puro e semplice rapporto di analogia.

Venendo poi a qualche più dettagliato appunto, di che non si dispiacerà certo l' egregio a., il cui merito non resta affatto menomato per chiunque intenda le mille ed una difficoltà di simili studi, avvertiremo qualche insignificante inesattezza, come quella di alcuni nomi di autori (ad es. **Coviello Leonardo** per **Nicola** e **Claps Tommaso** per **Giuseppe**, circa la nota quistione sulla sostituzione volgare implicita, pag. 146), nonchè qualche ridondanza di citazioni (ad es. a pag. 59 relativa allo studio del **Machiarelli** sulla *finzione*); l'equivoco, frequentemente incorso, fra nullità in senso stretto ed invalidità nella più larga accezione della parola; la preliminare determinazione del concetto, molto discutibile, che l' a. dà della conversione, nel n. 1° del 1° cap., come di un atto, e la correlativa imprecisione di alcune rubriche, come, ad esempio, del cap. 2° dedicato a « *La conversione in rapporto ad altri atti giuridici* ». Inoltre, — e questo attiene a qualche cosa di meno amminicolare — non ci sembra, fra l'altro, molto a proposito richiamata la teoria windscheidiana della *presupposizione*, che l'a. applica in uno dei casi di conversione dell'atto pubblico in scrittura privata, assimilando il relativo distinto istituto alla *clausola tacita rebus sic stantibus* (pag. 95); nè ci sembra correttamente applicata nel campo del nostro diritto positivo la teoria di alcuni scrittori tedeschi circa la conversione del pegno in diritto di ritenzione (n. 48 pag. 80). Infine, come avvertivamo dal principio, tutto il lavoro è informato ai più sicuri criterii della sistematica moderna. Però, o c' inganniamo, ci pare che l' argomento andava un po' più considerato in rapporto con la teoria generale circa la manifestazione della volontà; ed, al riguardo, ci sorprende come alla diligenza dell' a. siano sfuggite le magistrali lezioni dettate dall'illustre Prof. Fadda sul *Negozio giuridico* e raccolte dal Ferrara, Napoli, 1898. E ci sembra, altresì, che dovevasi ricollegare anche alla più larga teoria, la quale può dirsi direttiva di questa parte generale del sistema, circa la influenza, cioè, dell'evento posteriore sui negozi gioridici: teoria, che si dirama e riflette nei tre distinti istituti della *conversione*, della cosidetta *convalescenza* e della *invalidazione successiva* degli atti, i quali istituti sono spesso tra loro confusi e del cui ultimo importante argomento ebbe ad occuparsi in uno dei suoi ultimi pregevoli studi il compianto Prof. Ferrini, nell'*Archivio Giuridico* del 1901, a proposito di una recente monografia dell' Hellmann (*Arch. f. die civ. Prax.* N. S. XL, 363-439). Con tutto ciò, ripetiamo, lo studio del Satta ci sembra uno dei migliori che siansi pubblicati in questi ultimi tempi, e ci congratuliamo sinceramente con l' egregio giovine, che, pur tra le molte noie burocratiche del gravoso ufficio, trova modo di attendere a lavori consimili, dandoci affidamento di opere di maggior lena e di maggior perfezione.

T. Claps

Piero Delfino Pesce — *Riflessi*, *Note di critica* — Bari, G. Laterza e figli, 1904.

È un volume, splendidamente edito del Laterza di Bari, che con la nuova *Biblioteca di Cultura Moderna* di cui il suddetto volume fa parte, ha dimostrato come anche in Italia e nel Mezzogiorno si possano fare delle ottime

edizioni. Creato l' organo, è sperabile che anche da noi sorga la funzione della lettura.

I *Riflessi* del Pesce sono note di critica staccate ma interessanti sulle leggi dell' arte, la lirica nuova, la drammatica, su V. Hugo, Zola, Bovio, ecc.

G. Lombardi

Dott. Teresa Labriola — *Critica subiettiva e concezione organica del Diritto* — Roma, E. Loescher e C., 1903.

La critica obiettiva, dice l' autrice che insegna filosofia del dritto nell' Università di Roma, si trasforma in subiettiva, perchè una parte privilegiata dei consociati diventa capace di riflessione sul *mondo delle cose* che la circonda. È perciò intanto che la coscienza e il volere individuali rappresentano, nei periodi storici più progrediti, come un momento essenziale per lo sviluppo delle norme e delle istituzioni giuridiche; e il dritto, per quanto sia proporzionato alle condizioni materiali della società, deve venir considerato sotto tal rispetto come un vero e proprio prodotto dello spirito.

Nella nostra epoca di dissoluzione e preparazione ad un nuovo organismo economico, giuridico e politico, il diritto nuovo ha bisogno di una lunga preparazione degli spiriti.

I riformisti, liberali o conservatori, mirano soltanto a modificare l'attuale diritto: e così tutte le attuali leggi e i nuovi progetti in favore della classe operaia, non sono se non la estensione e l' applicazione a rapporti nuovi di fatti dei tradizionali concetti giuridici su le obbligazioni.

La critica moderna all' attuale ordinamento o è socialista o è anarchica. Questa rappresenta un momento di doloroso dissenso dell' individuo dalla comunanza, quella rappresenta un precorrimento ideale di nuovi principii etici e giuridici ed è una vera teoria organica al contrario della critica anarchica ch' è subiettiva.

È però mentre le correnti anarchiche non recano in sè il preannunzio ideale di un migliore avvenire, non è improbabile, dice l' Autrice, che le attuali correnti socialistiche, che fanno capo al monismo materialista di Marx, accennino al sorgere di un ordinamento radicalmente nuovo, così nel dritto che nella politica e nell' economia.

E intanto mentre sono nell'intimo rivoluzionarie queste dottrine, esse sono sempre messe in lotta a favore del dritto, poichè la lotta del partito socialista, se vittoriosa, non porterebbe allo sfacelo dell' ordinamento politico e giuridico, ma anzi alla ricostruzione di esso. « Il risultato della lotta sarebbe cotesto, che se mai si riuscisse a mettere in essere una società di vera e reale eguaglianza, in tale società il diritto, pur rimanendo una norma che importi necessità, si andrebbe elevando man mano sempre più a principio universale di libertà ».

È in complesso una densa monografia, molto pensata e che fa pensare, specie per le giuste osservazioni che fa circa la teoria anarchica.

G. Lombardi

Gerente responsabile: Francesco Paolillo

GIUREPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI

9 marzo 1903

Pres. SANTAMARIA—P. M. MANCINI (concl. parzialm. conformi)—Est. CIANCI DI LEO SANSEVERINO.

Società di Credito Meridionale e *Di Lauro — Piromallo.*

Revindica di titoli al portatore rubati. Inapplicabilità dell' art. 57 Cod. Comm. a fatti anteriori al 1883. Prescrizione. Art. 708, 2146 Cod. Civ. art. 57, 917 Cod. Comm.

I. *Trattandosi di titoli al portatore rubati e passati in mano di terzi anteriormente al nuovo Codice di Commercio, l'azione di revindica deve essere regolata dalla legge del tempo in cui l'acquisto del terzo avvenne, non da quella posteriore.*

Perciò va ammessa la revindica anche contro l'acquirente in buona fede, a termini dell' art. 708 Cod. Civ., essendo inapplicabile l' art. 57 del Cod. di Comm. del 1882 che deroga al Codice Civile.

II. *La prescrizione biennale, di cui all'art. 2146 Cod. Civ., non è estintiva, ma acquisitiva, e richiede un possesso di due anni non interrotto; il che manca quando vi è stato il sequestro della refurtiva, per ordine della giustizia penale.*

III. *È inapplicabile la prescrizione decennale dell'art. 917 Cod. Comm. perchè in esso si eccettuano i casi per cui trovisi stabilita una prescrizione breve.* (1)

Considerando che, intorno alla prima e seconda quistione, le quali assorbono principalmente i primi mezzi di annullamento della Società e del Signor

---

(1) I. La Corte parte dalla premessa che l' art. 708 del Codice civile va interpretato in senso lato, in modo da comprendere sotto la parola « cosa » anche i titoli al portatore, cosicchè in caso di furto o smarrimento sarebbe per questi accordata la revindica tanto contro il terzo di mala fede che contro quello di buona fede. Il sistema opposto fu invece accolto dal Codice di commercio del 1882 con l' art. 57.

Ora non può negarsi che anche rispetto al Codice civile da qualcuno, (Cf. *Vidari* nel Giornale delle Leggi 1872 p. 201) fu sostenuto che i titoli al latore restano esclusi dalla sfera dell' art. 708, tanto più che nell' art. 707 sono invece menzionati specificamente; ma l' opinione prevalente (Cf. *Majerini* in Archivio Giuridico X, p. 131; *Foderà* Possesso dei mobili n. 160; *Papa d'Amico* La revindicazione dei titoli al portatore rubati o smarriti p. 52; *Bruschettini* Titoli al portatore § 574 e nota 11) è quella accolta dalla Corte di Cassazione. Nè varrebbe dire che l'art. 57 del Cod. di comm. debba considerarsi come interpretazione autentica, e quindi applicabile anche ai rapporti precedenti (Cf. *Mirabelli* Prescrizione pag. 256). Spesso si osserva nella giurisprudenza una certa tendenza a qualificare come interpretative le leggi che risolvono questioni agitate nella dottrina e nel foro, e ciò per attribuire ad esse l'efficacia

di Lauro, questi in fondo deducono, che al caso in esame sia applicabile l'articolo 57 del cod. di comm. e non l'articolo 708 del cod. civ. — Senonchè ponendosi mente che il furto delle cartelle avvenne nel 1878 e ne furono i convenuti in possesso prima della pubblicazione del cod. di com. vigente, non può il disposto dell'art. 57 detto codice retroagire al tempo anteriore.

---

retroattiva propria di quelle. Ma questa tendenza, se può giustificarsi in quanto il giudice nell'interpretare la legge antica, può tra le varie e discordanti opinioni sentirsi più proclive a preferire quella che si rivela più conforme alla coscienza giuridica del suo tempo, come prova il fatto che è stata consacrata nella nuova norma, non può elevarsi a criterio di applicazione, quando il giudice sia convinto della difformità delle due norme. Le leggi interpretative esercitano efficacia sul passato, in quanto il legislatore ha chiaramente mostrato la volontà di interpretare una precedente disposizione oscura; allora non v'è un precetto nuovo, ma è l'antico che si considera sempre in vigore, per quanto riprodotto in termini più chiari. Invece quando tale intenzione non risulti manifesta, il fatto che si volle troncare una controversia, che ha potuto derivare così dall'ambiguità delle adoperate espressioni come da un difetto o lacuna della legge esistente, non è una buona ragione per ritenere interpretativa la nuova disposizione e applicabile perciò a precedenti rapporti giuridici.

In breve, le disposizioni di legge debbono ritenersi *innovative*, anche se troncano dispute anteriori, quando il carattere di norme *interpretative* non risulti in modo esplicito od anche implicito; ma nel dubbio deve escludersi la retroattività, secondo l'unanime insegnamento degli scrittori (Cf. *Gabba* Retroattività delle Leggi I, cap. 2. pag. 28, *Bianchi* Principii sulle leggi p. 38; *Unger* System I p. 98; *Crome* System d. B. R. I p. 104; *Dernburg*, Pandekten I § 37; *Regelsberger*, Pand. I § 35).

Ora, neanco dai lavori preparatorii del Cod. di comm. risulta l'intenzione di considerare come meramente interpretativa la disposizione dell'art. 57 e male a proposito si citerebbero le parole della Relazione del Mancini, quando si limita a rilevare la necessità « di alcune disposizioni che risolvessero le più vive controversie agitate nella dottrina e nella giurisprudenza » (Lav. prep. ed. uff. II p. 1ª pag. 174), tanto più che varie volte nella discussione venne affermato che trattavasi di un'innovazione al Cod. civ. (Cf. Lav. prep. Discussioni parlamentari vol. II p.e 2ª p. 372 e 421 e 455, e Verbali della Commissione di Coordinamento p. 22, 23, in cui però il Presidente notò « che non è ben certo se siavi l'asserita antinomia tra il Cod. civile ed il Cod. di commercio, non essendo pacifica la giurisprodenza nell'interpretazione dell'art. 708 »).

Escluso quindi che l'art. 57 implichi un'interpretazione autentica dell'art. 708 del Codice civile, e posto l'assunto che questo ammetteva anche contro i possessori di buona fede la revindica dei titoli rubati o smarriti, rimane a vedere se, non avendo il proprietario compiuto nessun atto sotto l'impero dell'antica legge, possa promuovere l'azione quando è entrata in vigore la nuova, che sopprime l'azione di rivendica contro gli acquirenti in buona fede. Nella specie il furto avvenne nel 1878, ma l'azione di rivendica contro il terzo è stata intentata non prima del 1900, (come dalla narrativa della sentenza che per brevità abbiamo omesso) e fa certamente senso pensare che il derubato possa oggi per la prima volta prevalersi di un diritto abrogato. Però, ben considerando la cosa, è agevole persuadersi ch'essendo sorta l'azione sotto l'antica legge, il diritto ad agire, che non era limitato da termini o condizioni, si conserva integro al sopravvenire della nuova legge. Non le sole azioni promosse si conservano, ma anche il diritto a promuoverle, quando se ne siano verificati gli estremi.

L' acquisto dei dritti reali dev' essere governato dalla legge in vigore, al momento in cui avvenne il fatto o nacque il rapporto giuridico. Anzi questa teoria è applicabile finanche ai mezzi di prova, giusta l'opinione degli scrittori e la giurisprudenza che insegna le seguenti norme: 1.) ai fatti accaduti sotto l'impero della legge vecchia, che loro attribuisce una presunzione, que-

---

Certo non basterebbe il fatto che il furto si fosse verificato prima del 1882, perchè il derubato potesse sperimentare la sua azione anche contro chi avesse acquistato *dopo* l'attuazione del nuovo Cod. comm. In tal caso si verrebbe ad ammettere che resta integra la mera facoltà *astratta* di agire contro i terzi possessori e si offenderebbe il diritto di chi, avendo acquistato sotto un regime che lo assicura da ogni attacco, si troverebbe poi esposto ad un'azione che mette capo ad una legislazione che non lo riguarda. Invece si conserva soltanto l'azione sorta in concreto, vale a dire il diritto di agire contro quei determinati terzi, che avendo compiuto l'acquisto sotto l' impero dell'antica legge, avrebbero potuto essere fin d'allora convenuti in giudizio.

Essendo avvenuto in quel periodo così il fatto del furto, che quello dell'acquisto del terzo, concorrono i due estremi per la legittimazione sia attiva che passiva dell'azione, la quale così non è più una facoltà astratta, ma un diritto in concreto. Ciò del resto può trovare una conferma anche nell'art. 18 delle Disposizioni transitorie del Cod. di Comm. che stabilisce : « I termini per l' inammissibilità di azione sono regolati dalla legge vigente al tempo dell' avvenimento che dà luogo all'azione », onde per parità di ragione può dirsi che le condizioni per l'esercizio di un'azione sono governate non dalla nuova legge, ma da quella esistente al tempo in cui sorse l'azione, sebbene venga a sperimentarsi dopo.

II. Vengo alla seconda questione che la Corte ritenne di assai più facile soluzione della prima, il che non le impedì di cadere in errore.

Qual' è il carattere della prescrizione biennale stabilita dall' art. 2146 : è dessa acquisitiva o semplicemente estintiva?

Se si concepisce com' estintiva, il sequestro penale non essendo atto di parte, non può valere come civile interruzione ai sensi dell' art. 2125 Cod. civ. E tanto più, si noti, nella specie in cui la denunzia del furto fu fatta non dal derubato, ma dalla Società che aveva ricevuto in pegno le cartelle, nè il proprietario o gli eredi si costituirono mai parte civile in giudizio penale, o fecero nulla per reclamare la restituzione della refurtiva. Il sequestro ordinato d' ufficio dall' Autorità Giudiziaria, e mantenuto per salvaguardare le ragioni di proprietà degli aventi diritto, (quando le abbiano nei modi di legge conservate), non può tener luogo degli atti a cui il privato deve nel suo interesse procedere, per impedire la prescrizione.

Al massimo potrà ammettersi che la prescrizione resti sospesa sino a che il giudizio penale non siasi esaurito con la condanna o con l'assoluzione, non potendosi prima ottenere la restituzione ai sensi dell'art. 606 Cod. proc. pen., ma è certo che, dopo la sentenza definitiva, è imputabile di negligenza il proprietario che non reclama la cosa di cui fu derubato. Se pertanto il giudizio penale terminò nel 1885, certo a quell' epoca ogni impedimento legale era cessato e ben potevano gli eredi del derubato chiedere la restituzione delle cartelle. Nè la legge riconosce altre cause di sospensione della prescrizione all' infuori di quelle nascenti da ostacolo legale : tutti gli scrittori son d'accordo nell'escludere nel diritto vigente l'efficacia assoluta del vieto e nella sua generalità vacuo brocardo: « contra non valentem agere non currit præscriptio ». Senza dire che per l'art. 2145 « le prescrizioni enunciate in questa sezione corrono eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra e contro i minori non emancipati e gl' interdetti, salvo il loro re-

sta deve prevalere nel giudizio vertente sotto l'impero della legge nuova, la quale abbia cancellata o modificata la presunzione medesima; 2.) ai fatti accaduti sotto l'impero della legge vecchia, che ad essi non attribuisce alcuna presunzione, non si applica la presunzione loro attribuita dalla nuova.

Vero egli è che talvolta le condizioni di fatto, poste in essere sotto l' im-

---

gresso verso il tutore » ed è precisamente nella Sez. III lib. III titolo 28 che si trova la prescrizione in discorso (Cfr. *Pugliese* Prescr. estint. n.° 213). Perciò le more del giudizio occorso agli attori per accertare la loro qualità di eredi del proprietario derubato, non possono, come afferma la sentenza, equivalere a causa di sospensione della prescrizione, causa del resto che sarebbe cessata fin dal 1896, come dalla sentenza risulta, laddove l' azione non venne intentata che nel 1900.

Se si ammette adunque il carattere di prescrizione estintiva in quella stabilita dall' art. 2146, non regge neppur una delle ragioni addotte dalla Corte per salvare ad ogni costo l' azione di revindica dalla prescrizione.

Invece se si ritiene che qui siamo di fronte ad una prescrizione acquisitiva, logicamente la Corte ne deduce, che non potendo il convenuto accampare in proprio favore un possesso legittimo durato per due anni intieri, stante il sequestro penale delle cartelle, l' usucapione non si è punto verificata.

È necessario però esaminare se la premessa sia esatta. Ignoro se vi sia qualche autore che abbia sostenuto tale opinione. La citazione che la Corte fa del *Pothier* è assolutamente fuor di luogo, perchè si riferisce all'usucapione triennale dell'antico diritto, non ammettendo quello scrittore il principio « possesso vale titolo » (Donazioni n.° 65 a 67). Certo i più autorevoli sia in Francia che in Italia (Cf. *Laurent* vol. 34 pag. 600; *Planiol* Droit Civil I § 1129; *Foderà* Possesso dei mobili, 1. 187; *Pugliese* Prescriz. estint. n. 211 e seg.; *Mirabelli* Prescrizione p. 256; *Lomonaco* Distinzione dei beni e possesso p. 106) sostengono trattarsi di prescrizione estintiva semplicemente. Anzi qualche scrittore francese ne fa addirittura una *decadenza* appoggiandosi al dettato dell' articolo 2279 cod. civil. (*Aubry et Rau* 5.ª ed. vol 2. § 183 p. 157 e nota 17). Ed il *Bufnoir* (Propriétè et Contracts pag. 390) ritiene pertanto che si tratta di un periodo durante il quale resta *sospesa* l' efficacia dell'acquisto del terzo. Per me basta leggere l' articolo del nostro codice per convincersi che si tratti di prescrizione ch' estingue l'azione del proprietario, non di possesso prolungato per un biennio che fa acquistare la proprietà della cosa. Se fosse una breve usucapione, dovendo il biennio riferirsi al possesso, potrebbe accadere che non bastasse neanco un periodo assai più lungo di due anni, come quando la cosa, dopo esser stata per molto tempo presso il ladro o inventore, passasse nelle mani del terzo. A costui non gioverebbe invocare il possesso dell' autore perchè vizioso e in mala fede e non potrebbe salvarsi dalla revindica se, oltre il tempo già trascorso, non passino altri due anni presso di lui. Invece lo spirito e la lettera dell'articolo dimostrano chiaramente che si volle stabilire un termine breve decorrente da un punto certo, qual' è quello del furto o dello smarrimento, per impedire che tardivi reclami da parte dei proprietarii spossessati vengano a turbare gli acquisti in buona fede di cose, destinate, come i mobili, ad una rapida e sicura circolazione.

E diciamo in buona fede, perchè non ci pare dubbio che gli articoli 708 e 709, (a cui si riporta l' articolo 2146) partono dal presupposto contenuto nell' articolo 707, di cui costituiscono una limitazione, che cioè si tratti di cose mobili acquistate e possedute in buona fede; altrimenti non si comprenderebbe l' inciso dell'art. 708 « *salvo il regresso per la indennità*.......» (Cf. *Tartufari* Sull'art. 2146 Cod. Civ. in

pero delle leggi anteriori, possono cadere sotto le disposizioni della legge nuova, se proseguono a sussistere, o siano permanenti, dopo il cominciato vigore della stessa legge nuova. Ma codesta ipotesi è ben lontana dal caso concreto, giacchè essendosi disposto dalla giustizia inquisitrice il sequestro giudiziale delle cartelle fondiarie sin dal 1879, tostochè fu iniziato il proce-

---

relazione all' art. 57 Cod. Comm. in *Scienza del dir. Privato* anno III ; *Foderà* Possesso dei mobili n.° 187; *Bruschettini* Titoli al portatore § 580).

È chiaro pertanto che passati due anni dal furto o smarrimento non si può agire contro il possessore di buona fede, ma si può sempre agire contro il ladro o ritrovatore e contro l' acquirente che conosceva la illegittima provenienza.

Però a questa che può dirsi dottrina dominante potrebbe muoversi un' obbiezione che, per quanto di carattere teorico, non è meno utile dileguare.

Com' è noto, la proprietà non si perde per mancanza di esercizio, ma solo quando un altro faccia sua la cosa per via di usucapione. Fino a che ciò non avvenga, io posso conservare la mia proprietà, anche se abbia perduto il possesso da un secolo. Ora si potrebbe osservare : come va che, passato il termine di due anni dal furto o smarrimento, il derubato o smarritore perde il suo diritto, anche se il possessore non ha ancora usucapito la cosa? Sarà dunque più conforme al sistema ritenere con la Corte di Cassazione che in tanto il derubato perde l'azione, in quanto il terzo abbia, sia pure in un biennio, usucapito, giacchè la comune interpretazione dell' articolo 2146 mal si concilia col rigore dei principii.

Crediamo si possa facilmente rimuovere tale obbiezione, osservando (cosa che non si è dalla Corte avvertita) che l'azione, di cui parla l' articolo 708 Cod. Civ., è un'azione speciale da non confondersi con la *reivindicatio* tipica.

Di fatti essa non si fonda sul rapporto di proprietà, perchè è concessa anche al semplice possessore, come dice testualmente l' articolo 2146 (l'azione del *proprietario* o *possessore*). È data a chiunque sia stato involontariamente spossessato in seguito a furto o smarrimento : l'attore non deve provare che questo fatto e l'anteriore possesso ; nessun obbligo egli ha di fronte al convenuto di far la prova piena della proprietà sul suo capo, come nella *rei vindicatio*. L'azione ch'egli sperimenta, per quanto *in rem scripta* o *rei persecutoria*, trae origine del fatto delittuoso del furto o dell'appropriazione illegittima di cose smarrite, alla quale la legge dà effetto anche contro i terzi, in odio alla provenienza delittuosa del loro acquisto e per rendere più difficile e raro che si possa il commercio di cose furtive, per la stessa ragione per cui il diritto romano negava l'usucapione di cose furtive. Ma, in principio, se l'art. 707 è ispirato alla protezione che la legge crede dovere accordare alla fiducia o legittima aspettativa del contraente che acquista cose, per cui le indagini sulla provenienza non sarebbero nè facili nè sicure, tale protezione è giustificata anche pel caso di acquisto di cose rubate o smarrite, se il terzo ignorava tale circostanza.

Perciò, se il terzo ha acquistato in buona fede la cosa che possiede, sia pure cosa rubata o smarrita, egli ha un titolo di proprietà a suo favore, invalidabile sì per un certo tempo, ma che ha piena efficacia sino a quando non è impugnato da *colui* che fu derubato o perdè la cosa (art. 708 *colui però*): rispetto agli altri l' acquirente è senz' altro proprietario, e qualora perdesse il possesso potrebbe sempre revindicarla, in base al suo titolo di acquisto. Dippiù può prevalersi dell' art. 708 solo il proprietario della cosa che ne conservava (sia direttamente sia per mezzo d'altri) il possesso al momento del furto. Ma se il possessore, pur detenendo la cosa *nomine proprio*, non era legittimo proprietario, il vero *dominus* non può agire contro il

dimento penale contro i ricorrenti Ferrara e Di Lauro, e perdurando ancora cotesto sequestro, nè essi nè la Società di credito mobiliare possono invocare la legge posteriore alla perdita del loro possesso. Quindi per ragione *a contrario* i signori Piromallo come eredi del Marchese d'Andria, essendo succeduti ai dritti ed azioni della medesima eredità, a buon dritto nel re-

---

terzo di buona fede quando il derubato rimanga inattivo, come non potrebbe quando questi concedesse una sanatoria all' acquisto del terzo.

L' azione eccezionalmente concessa al derubato o smarritore tende a distruggere, rispetto agli attori, gli effetti di tale acquisto come avviene in altri casi per es. di *actio metus causa* contro un subacquirente, di *actio revocatoria* e simili: perciò, se essa si fa valere nel periodo dalla legge stabilito, produce l' effetto della sua inopponibilità e fa ottenere il recupero della cosa; altrimenti, spirato il termine per l' impugnativa, l' acquisto si consolida anche rispetto al derubato o smarritore. Si spiega così perchè la legge non usa la parola « revindicare » come nell' articolo 439, ma parla di « ripetere » (art. 708), « di riavere la cosa » (art. 2146), con una precisione di linguaggio che altrove si fa desiderare (es. art. 1513); e d' altra parte non sarebbe punto conciliabile con la *rei vindicatio* l' obbligo del rimborso del prezzo nell'ipotesi dell'art. 709, che invece si spiega a meraviglia ammettendo l' annullamento del contratto contro restituzione del prezzo sborsato da chi comprò sotto l' egida della pubblica fede.

Così possiamo anche comprendere come l' azione contro il ladro o inventore e contro il terzo di mala fede possa durare al di là del trentennio dalla data della perdita della cosa. Se l' attore si fonda sulla proprietà e agisce in revindica, il detentore, che non accampi un valido titolo di acquisto nè l'usucapione, dovrà lasciare la cosa in qualunque tempo. E sebbene non sia facile, trattandosi di mobili, tuttavia può pure accadere che siano trascorsi trent' anni dal furto e non sia ancora compiuto un trentennio di possesso purgato dal vizio di clandestinità o di violenza (art. 689) e rimasto ininterrotto.

Se invece l' attore si limita ad invocare il furto o lo smarrimento, allora agisce *ex delicto* (*) e la sua domanda non sarà più proponibile passati 30 anni dall' avvenimento che lo privò del possesso.

Avendo dunque dimostrato che l' azione derivante dall' art. 708 è diversa dalla revindica, traendo origine *ex delicto*, di cui tende a rimuovere le conseguenze con la ripristinazione del possesso presso chi n'era stato privato, rimane vieppiù confermata la tesi che la relativa prescrizione biennale è semplicemente estintiva.

III. Giustamente la Corte ritenne inapplicabile la prescrizione commerciale di 10 anni, ma non è esatto il motivo addotto dell' essersi nell' art. 917 Cod. com. eccettuati i casi in cui è stabilito un termine più breve. Se la prescrizione commerciale è indubbiamente *estintiva* soltanto, (Cf. *Vivante* Dir. Comm. IV. n. 2075) e per la Corte quella dell' art. 2146 Cod. civ. è *acquisitiva*, non si comprende come possa farsi un paragone tra l'una e l'altra intorno alla lunghezza del termine.

Solo se si ammette, com'è giusto, trattarsi di prescrizione estintiva anche nella ipotesi dell' art. 2146, è naturale che per le cose diverse dai titoli al portatore (per questi oggidì la questione non può farsi più) rubate o smarrite, contro chi le

(*) Il PLANIOL (I n. 1134) contesta che si possa parlare di azione personale, perchè questa supporrebbe un obbligo di restituire: or questo se si può ammettere pel ladro non si può pel ritrovatore. Ma tale obbiezione cade di fronte al preciso disposto dell' art. 715 cod. civ. che manca nel cod. francese, e trova la sua sanzione nell' art. 420 cod. pen. I terzi poi che acquistano scientemente oggetti di provenienza delittuosa (quindi anche cose smarrite) son puniti come ricettatori (art. 421 cod. pen.), epperò neanco rispetto ad essi è fondato il dubbio del *Planiol* (n. 1136) che possa parlarsi di azione personale.

spingere le pretese dei convenuti chiesero l'applicazione dell' articolo 708 del civ. civ. che contempla testualmente l'azione da loro istituita.

Considerando che la Società ed il di Lauro sostengono invece che siccome in essi e nel Ferrara mancava l' estremo della mala fede, così non era applicabile l' art. 708.

Di fatto nel citato articolo 708 è detto così : « Colui che ha smarrito la « cosa , o che ne fu derubato, può ripeterla da quello , presso cui si trova, « salvo il regresso per indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta ». Sicchè questa disposizione non accorda alcuna guarentigia al possessore di buona fede , e per ciò stesso il proprietario della cosa smarrita o derubata può rivendicarla presso di lui. Insomma l'articolo 708 contiene un' eccezione alla regola stabilita nell'articolo precedente, ed essa vuolsi intendere nel senso, che anche quando il terzo sia di buona fede, non può respingere l' azione del proprietario che rivendica da lui la cosa smarrita o sottratta. È vero bensì che il proprietario può rivendicarla dal possessore di mala fede, come eccepiscono la Società ed il di Lauro, ma ciò quegli può fare non per l'articolo 708, ma per l'articolo 707; ond'è a ritenere che l'articolo 708 regola soltanto la rivendicazione delle cose perdute o sottratte, ancorchè l'attuale possessore le abbia acquistate in buona fede. Indarno si obbietta che laddove l'art. 707

---

abbia acquistate in buona fede non si possa esigere la prescrizione decennale dell'art. 917 Cod. comm., bastando quella più breve di due anni. Ma se l' acquisto non avvenne in buona fede, la tradizione per sè non costituirebbe titolo nè si potrebbe parlare di semplice azione di nullità , essendo la vendita di cosa altrui , sia in materia civile che commerciale , sempre inesistente , come *res inter alios* , *nei rapporti del terzo.* È inutile pertanto indagare se l'acquisto del terzo abbia carattere civile o commerciale, dacchè egli possiede *sine justa causa,* data la mala fede. L' azione quindi del derubato o smarritore contro il terzo in mala fede è sempre un'azione civile perchè prescinde da ogni riguardo al titolo giuridico del possesso, e si fonda o sul delitto o sul diritto di proprietà.

Parimenti oziosa ci sembra la questione discussa dalla Corte se il contratto di pegno delle cartelle, fosse o no formalmente valido, come pure se e da qual tempo la Società succeduta alla Banca Napoletana che le ricevette a titolo di pegno, sia entrata in liquidazione. La Società di Credito Meridionale succeduta a tale Banca, non opponeva la propria qualità di terza posseditrice in virtù del pegno, ma facevasi scudo della posizione del suo debitore, presente anch' egli del resto in giudizio, il quale accampava la prescrizione biennale. Valido quindi o no il pegno, poichè la veste di terzo, ai fini dell' art. 2146, era assunta dal Di Lauro, legittimo contraddittore del rivendicante , la prescrizione era sempre applicabile. D' altra parte , non opponendo la Società diritti *ex capite proprio* , non sappiamo a quale scopo siasi dai suoi difensori messa avanti l' eccezione di prescrizione quinquennale relativa alle operazioni sociali, dopo la sua entrata in liquidazione (art. 919 Cod. com.) Dippiù se anche la Società si fosse presentata come *terzo possessore*, tale prescrizione non poteva certo opporsi al rivendicante , ch' era rimasto sempre estraneo ai sociali rapporti, e ciò qualunque sia la portata che voglia darsi a quella speciale prescrizione. (Nel senso restrittivo, cf. ora *Vivante,* nel *Foro Italiano,* fasc. del 31 aprile 1903). L' unica questione seria adunque della causa era relativa all' applicazione dell' art. 2146, ed essa, a nostro avviso, è stata mal risoluta.

Prof. **Leonardo Coviello**

dice che per i beni mobili per natura e titoli al portatore il possesso produce lo stesso effetto del titolo, invece l' articolo 708, parlando dei furti e smarrimenti, si limitò ad usare la parola « cosa ».

L' obbiezione non ha valore, giacchè la legge con la parola *cosa* ha inteso abbracciare in una generale indicazione tutto ciò che entri a far parte del nostro patrimonio, nel senso appunto dello articolo 406 del cod. civ. in cui è detto che tutte le cose, costituenti oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili, di guisa che la parola *cosa*, ha un significato estesissimo, che viene limitato dall'articolo 707, al quale si riferisce. Aggiungasi che, al pari di tutte le obbligazioni letterali, anche i titoli al latore sono equiparati certamente a moneta, sono costituiti da un elemento materiale, cioè dallo scritto, per cui l'obbligazione si estrinseca ed assume forme sensibili e durevoli.

Avuto riguardo adunque che il credito è sostanziato ed incorporato nel titolo, di guisa che, senza l' elemento materiale, l' obbligazione non può nascere, e, se nata, laddove manchi la materialità, l'obbligazione stessa è distrutta, per la perdita del titolo (articolo 6 della legge 1887), anche per questo riflesso, la parola *cosa* dell'articolo 708 ben può riferirsi alla forma sensibile e materiale del credito, come ad ogni altro effetto mobile.

Insomma i ricorrenti di Lauro, la Società ed il Ferrara mal si appongono nel sostenere che l' articolo 708 non contempli i titoli al portatore, quantunque anche l'articolo 498 assimili quei titoli a cose mobili. *(Omissis)*.

III. Considerando che assai più facile è la risoluzione della 3ª e 4ª quistione, con che rimangono esauriti da un lato i ricorsi della Società e del sig. di Lauro, e dall'altro alcuni motivi del ricorso Piromallo — Di vero la Corte di Appello a buon dritto, circa la dedotta prescrizione, ritenne che questa, ai termini dell' articolo 2146, non sia estintiva, come pretendono la Società ed il di Lauro, ma che in quella vece sia acquisitiva—A dimostrare l'insussistenza de' contrarii argomenti, basti il dire, che essa si riferisce all' azione reale, derivante dalla proprietà; e dal momento che il proprietario non può agire, quando gli si opponga il citato articolo 2146 a rivendicare la cosa, ciò vuol significare ch' egli ha perduto ogni dritto alla stessa, e che quindi il dritto medesimo siasi acquistato da colui in favore del quale ebbe luogo la prescrizione.

Premesso ciò, appare evidente che, in virtù degli articoli 2146 e 708, siccome i convenuti, pure allegando la buona fede, non dimostravano, perchè non potevano dimostrare, un possesso continuo *animo domini*, e durato per due anni, così dall'altra parte i proprietarii dei titoli involati avevano pienamente il diritto di rivendicarli (Pothier-Trattato della Prescrizione N. 204). Ciò sembra intuitivo, ma non sarà superfluo aggiungere che anche la prescrizione di cose mobili, è fondata sulla mancanza di reclami, e sul continuato silenzio del proprietario, durante il possesso altrui, accompagnato da titolo o senza, per un periodo biennale o trentennario, secondo che concorra la buona fede nel primo caso o la mala fede nell' altro.

Insomma nell'articolo 2146 trattasi d' una vera prescrizione come l' immobiliare, con l'aggiunta delle seguenti regole speciali: 1.) *il possesso vale per titolo* con che quella specie di beni è francata dal principio di dritto, per

cui il possesso *ad usucapionem* per un tempo meno lungo, deve essere accompagnato da giusto titolo; 2.) la rivendicazione ha luogo contro qualsiasi possessore anche di buona fede.

Eccetto queste due regole, nel resto al dritto che la legge consente al possessore, in virtù dell'articolo 2146, sono applicabili tanto la sospensione del corso prescrittibile, quanto l'efficacia degli atti d'interruzione.

Di qui viene, che per effetto del sequestro ordinato dal giudice penale sulle cartelle furtive, essendo interrotta la prescrizione dopo pochi mesi che esse rimasero presso i convenuti, non possono questi respingere la dimanda degli attori, nè con la prescrizione biennale, nè con la quinquennale dell'articolo 919, e tampoco con la decennale dell' articolo 917 del cod. di com. sia perchè in riguardo al contratto di pegno, di cui la Società intendeva prevalersi non presenta la prova scritta, richiesta dall'articolo 1880 cod. civ., (com'è detto nel secondo motivo del ricorso Piromallo in cui si lamenta il difetto di pronuncia sopra un capo di dimanda, dedotto per conclusione speciale—Articolo 517 n. 2 c. p. c.), sia perchè il sequestro delle cartelle, diretto a conservare le ragioni ed i diritti delle parti lese dal reato, giustamente può ritenersi fra gli atti interruttivi della prescrizione a norma dell'articolo 2125 c. civ. avvegnacchè l' autorità pubblica chiamata a reintegrare l' ordine violato dall' opera del delitto, debba altresì tutelare i cittadini dalle conseguenze derivanti dal delitto medesimo, nella sfera dei loro interessi patrimoniali. Sicchè, messa pure da un canto la considerazione che il contratto di pegno non sia dimostrato in atti, l'assicurazione del corpo del delitto nelle mani della giustizia, cui sono affidati i dritti individuali dei soggetti passivi del reato, impedì il corso prescrittivo, durante il giudizio di petizione dell'eredità d' Andrea, finchè la Corte di Appello, con sentenza del 10 Giugno 1896 non confermò l'altra dei primi giudici, la quale in data del 31 luglio 1895, aveva già ammesso i signori Piromallo nell'integrale possesso dei beni mobili ed immobili ereditarii.

Del resto la Società di Credito Meridionale, succeduta alla Banca Napoletana la quale ebbe in pegno le cartelle, indarno allega che questa entrò in liquidazione fin dal 1892, giacchè dall'impugnata sentenza non risulta l'approvazione del bilancio finale dei liquidatori, costituente il *dies a quo*, giusta l'articolo 919, pel decorrimento della prescrizione quinquennale.

Oltre di che nell'articolo 917 del c. di comm. è ammessa la decennale per tutte le azioni che leggi diverse non sottopongono a prescrizioni più brevi, come il c. civ. nell'articolo 2146, e quelle cominciate prima dell'attuazione dello stesso c. di comm. (1883) continuano a decorrere secondo la legge anteriore, giacchè ove non sussistano ragioni di ordine pubblico, la legge non può avere effetto retroattivo. Infine l' articolo 19 del decreto-legge contenente disposizioni transitorie del 14 dicembre 1882 N. 1130 dispone che, se il termine per la prescrizione cominciò a decorrere imperante la legge precedente, ed il tempo residuale al compimento della misura prescrizionale sarà maggiore di quello fissato dal c. di comm., in tal caso quel residuo dovrà essere regolato secondo quest'ultimo codice. Qui non siamo in siffatta ipotesi, anzi l'articolo 917 dichiara che, se in altre leggi è stabilita una prescrizione più breve, non deve applicarsi la prescrizione commerciale.

Or questa disposizione, nonchè favorire la tesi della Società e dei liticonsorti, richiama invece nel caso concreto lo articolo 2146, invocato dalla Corte di Appello, il cui ragionamento, se pure è difettivo ed in parte inesatto, ben può essere supplito dal Supremo Collegio, trattandosi di una pura quistione di dritto.

Per tali motivi rigetta ecc.

10 Marzo 1903

Pres. SANTAMARIA — est. BIANCO — P. M. ROMANO (concl. conf.).
Gallo—Laurito.

Comparsa tardiva dell' appellante — Giudizio innanzi ai pretori — Ammissibilità. Art. 489, 386, 447 Cod. Proc. Civ., 232 Reg. Gen. Giud., 49 R. D. 31 agosto 1901 e 17 Legge 28 luglio 1895.

Se innanzi ai pretori può, sotto l' impero della legge 28 luglio 1895, ritenersi applicabile l'istituto del rigetto di appello senza esame, deve parimenti ritenersi applicabile quello della comparsa tardiva dell'appellante contumace ed ordinarsi la riapertura dei termini (1).

Ha considerato:

Che Maria Antonia Gallo, condannata dal conciliatore di Castrovillari alla restituzione di alcuni oggetti, ed in mancanza al pagamento di lire cento, valore di essi, produsse gravame al pretore di quel mandamento.

---

(1) La sentenza che annoto ammette:

1) che dinanzi ai pretori può chiedersi il rigetto senza esame dell' appello (art. 489 c. p. c.) avverso le sentenze dei conciliatori, pronunziate, s' intende, su controversie di valore superiore alle lire 50 (art. 17 legge 16 giugno 1892 e art. 2 legge 28 luglio 1895);

2) che, chiesto il rigetto dell'appello senza esame (art. 489 c. p. c.), l' appellante contumace può tuttavia, fino alla sentenza definitiva (art. 386 c. p. c.), comparire tardivamente, ottenendo la *sospensione della prolazione della sentenza* e la *riapertura del giudizio,* come dice l'art. 232 reg. gen. giudiziario, o la *sospensione del giudizio* e la *riapertura del contradittorio,* come dice l'art. 49 del r. d. 31 agosto 1901;

3) che la comparsa tardiva del contumace (art. 386 c. p. c.) è ammissibile anche nei giudizi innanzi ai pretori, in appello da sentenze dei conciliatori, e per conseguenza, pure nei giudizi di primo grado.

Questioni così controverse meritavano veramente una più larga motivazione; la terza in ispecie, che, come ben si vede, ammette la comparsa tardiva del contumace nei giudizi pretoriali, contrariamente alla anteriore giurisprudenza della stessa corte di cassazione (vedila in Mattirolo, *Dir. giud. civ.* III, ediz. 4. n. 976 pag. 789), che io so accettata come *jus receptum* nelle preture dipendenti, con tutto che si trovi difesa da un solo scrittore conosciuto, il Gargiulo (*Comm.* sull' art. 421), mentre in generale la dottrina ha opinato diversamente (vedila in Mattirolo, op. e loc. cit.).

Le altre questioni non sono nuove per lo stesso magistrato, anzi è noto il vivace dibattito sorto nuovamente intorno alla seconda, a proposito dell'art. 51 del R. D. 31 agosto 1901. In tale questione la cassazione napoletana ha confermato

Speditasi la causa, nel dì 11 maggio 1900, assegnato per la discussione dell'appello, la Gallo, appellante, fu contumace, e la Laurito presentò conclusioni pel rigetto del gravame senza esame.

Nella stessa udienza del dì 11 maggio, in termine utile, la Gallo fece istanza per la riapertura dei termini, ma il pretore, non solo, con decreto dello stesso

---

ancora la sua antica e costante giurisprudenza (per la più recente, vedi: cass. Napoli, 9 ottobre 1898, *Giur. it.* 1899, 431; 10 aprile 1899, *Foro it.* 1899, 857; 17 ottobre 1899, *Foro napol.* 1900, 81; 4 dicembre 1899, *Foro it.* 1900, 270; 9 giugno 1900 *Dir. e giur.* XVI, 150; 10 luglio 1900, *Foro ital.* 1901, 271; 23 luglio 1900, *Mon. trib. Mil.* 1900, 930; ed anche 8 marzo 1900, *Foro it.* 1900, 1146, in parte difforme. Posteriormente al decr. 31 agosto 1901, vedi: cass. Napoli 30 agosto 1902, *Foro it.* 1902, 1193, con note del prof. Mortara e del Giura, e 10 nov. 1902, *Foro ital.* 1903, 759, con nota dello stesso prof. Mortara). Ma nella prima, e cioè in quella che concerne l'ammessibilità del rigetto senza esame dell'appello avverso sentenza del conciliatore, se costantemente, dopo la legge del 28 luglio 1895, la cassazione di Torino è stata per l'avviso favorevole (vedi: cass. Torino, 4 marzo 1897, *Giur. di Torino*, 1897, 449; 8 luglio 1897, *Foro ital.* 1897, 1271; 4 febbr. 1899, *Foro ital.* 1899, 289; 25 nov. 1899, *Foro ital.* 1900, 29; 18 aprile 1902, *Giur. ital.* 1902, I, 1, 728; 28 novembre 1902, *Giur. ital.* 1903, I, 1, 33. Vedi altresì: cass. Roma, 15 maggio 1902, *Giur. ital.* 1902, I, 1, 879 e 4 maggio 1903, *Giur. ital.* 1903, I, 1, 413; cass. Palermo 20 febbr. 1902, *Giur. ital.*, 1902, I, 1, 879), la suprema corte napoletana è stata invece per l'avviso contrario (cass. Napoli, 16 agosto 1899, I, 1, 877, 23 giugno 1900, *Foro ital.* Rep. 1900 voce *appello civ.* n. 287; *Filangieri*, 1900, 677. Anche la cass. romana è stata prima per questa opinione. Vedi sent. 6 nov. 1901, *Foro ital.* 1902, 94).

Non mi occupo di tale questione, molto semplice del resto e largamente svolta nelle diverse sentenze citate della corte di cassazione di Torino e di quella di Roma, oltre che dal Mortara (*Man.* II, ediz. 3ª n. 621) e dalla direzione della *Giurisprud. italiana*, 1902, I, 1, 70 in nota. Accenno solo che, dovendosi, per la legge del '95, l'appello avverso le sentenze dei conciliatori, che pronunziarono su valore superiore alle lire 50, proporre con citazione, e non più come nel codice di procedura e all'art. 17 della legge 16 giugno 1892, nessuna ragione decisiva è stata addotta per sostenere la inapplicabilità della disposizione contenuta all'art. 489 del codice, la quale è generale per tutti gli appelli, fino a quando non si provi che per qualcuno di essi ve ne sia un'altra diversa.

Nemmeno ho intenzione di occuparmi di proposito della seconda questione da me innanzi riassunta. Accenno solo che oggi, a seguito della legge del 31 marzo 1901, detta della riforma del procedimento sommario, e proprio dell'art. 5 di essa, è possibile una ipotesi affatto nuova, e cioè che l'appellante faccia il deposito dei documenti in cancelleria 4 ovvero 2 giorni prima dell'udienza, e a questa si renda poi contumace. La ipotesi implicava di necessità la questione di sapere se e fino a qual punto rimanessero spostati i termini di applicazione del primo capoverso dell'art. 489 c. p. c.; siasi o non di ciò accorto il legislatore del 31 marzo, che ha dichiarato, nei lavori preparatori, di non voler toccare menomamente le regole della contumacia. È però giusta, e contenuta nei limiti della legge, la soluzione del primo capov. dell'art. 51, del decreto di coordinamento, secondo la quale, « l'appellante che prima dell'udienza ha eseguito e notificato il deposito in cancelleria della sentenza appellata e degli atti o documenti del primo giudizio, necessarii per l'esame dell'appello, può valersi della tardiva comparizione a norma del precedente art. 49 ». Ma era pure facilmente da supporre che questa disposizione a-

giorno, respinse in tutto il suo tenore la istanza di riapertura dei termini, ritenendo che l'art. 386 pr. civ. fosse applicabile ai procedimenti di appello innanzi ai pretori solo ed in quanto non vi osti la disposizione dello art. 489; ma quanto, con sentenza del 18 maggio 1901, pronunziò il rigetto senza esame dell' appello di Maria Antonia Gallo.

---

vrebbe fatto pensare ad una modificazione dei limiti di applicabilità dell'art. 489 del c. di pr. civ. in tutti gli altri casi non rientranti in esso, ed avrebbe quindi potuto influire sulla risoluzione della cennata controversia circa la liceità o meno della comparizione tardiva. Il che si rileva dallo stesso Mortara, il quale, commentando nella 3. ediz. del suo *Manuale* (II. n. 620 bis, pag. 100), l' art. 51 in parola, dice a chiare note che « il governo seguì la più divulgata interpretazione dell'art. 489, ritenendo che in via normale essa non permetta all'appellante contumace la comparizione tardiva (vedi per altro ciò che scrive il Mortara, in nota alle due sentenze citate dalla cassazione napoletana). E si rileva pure dalle prime interpretazioni giurisprudenziali dell' art. 51 su ricordato (app. Napoli, 28 febbr. 1902 *Giur. ital.* I, 2, 224).

Una più larga dilucidazione merita la terza questione desunta dalla sentenza che annoto, la questione cioè dell'ammessibilità della comparsa tardiva del contumace nei giudizi dinanzi ai pretori. Dichiaro subito di essere pienamente di accordo con la corte di cassazione, e desidererei che la giurisprudenza si fermasse nella decisione ora presa.

Più volte che non si creda, accade che qualcuna delle parti si trovi contumace non per mala volontà o per non aver ricevuta notizia della citazione, ma per contingenze inevitabili, le quali tuttavia non costituiscono uno dei casi di forza maggiore, che, secondo l'articolo 442 del codice di procedura civile, autorizzerebbero il pretore ad ordinare una nuova citazione per altro giorno. Arrogi che molte volte, chi sia stato convenuto in giudizio, può non aver pronti i documenti per avvalorare le sue risposte, e la proroga, che gli si potrebbe concedere (art. 415 c. pr. civ.), poichè in pratica si estende quasi sempre da una udienza all' altra, spesso sarebbe insufficiente; e può essere preferibile il farsi condannare in contumacia, per non perdere, poniamo, il diritto alla opposizione.

Intanto, chi è giunto in ritardo, chi si vedesse, da un giorno all'altro, arrivare un documento chiesto, che non sperava più in tempo, pare incredibile che debba sentirsi negata la comparizione tardiva, proprio nei giudizi pretoriali, nei quali la legge concede una maggior larghezza che in tutti gli altri, e cioè la facoltà ricordata di ordinare una nuova citazione per altro giorno, quando una delle parti, per forza maggiore e notoria, sia impedita di comparire nel giorno indicato nella citazione, o addirittura, quando all'udienza il pretore sia, *in qualunque modo,* informato che il convenuto non abbia avuto notizia della citazione (art. 442 c. p. c.).

L'addotto argomento, che ai giudizi pretoriali si potrebbe applicare una disposizione scritta pei tribunali, solo quando manchi per quelli una apposita regola (art. 447 c. p. c.), mentre, nella specie, esistono ben tre articoli di codice (art. 440-442 c. p. c.) che governano la contumacia dinanzi ai pretori, si spunta facilmente di fronte al cennato disposto dell'art. 442, che implica qualche cosa di più di quanto trovasi concesso dall' art. 386, ed alla considerazione, fatta da tanti, che se nel capo del procedimento davanti ai pretori si trovano delle regole concernenti la contumacia, non è detto che quelle regole sieno le sole e sufficienti per i relativi giudizii: manca infatti qualsiasi regola sulla comparsa tardiva.

Inoltre, per chi, come la cassazione napoletana, ammette la comparsa tardiva, nei

Avverso il decreto di diniego della riapertura di termini, e la sentenza di rigetto del gravame senza esame, ha prodotto ricorso per annullamento la Gallo, lamentando in due mezzi la violazione degli art. 489 e 386 proc. civ. e 382 regol. gen. giud. e la contradizione, in cui la sentenza stessa si involge, affermando, nei giudizi di appello innanzi ai pretori, l'applicabilità dell'art. 489 pr. civ., negandola, per vece all' altro art. 386, che riguarda appunto il dritto dell' appellante a riaprire i termini.

Che evidentemente mal si regge una sentenza infetta d' un vizio sì grave di contradizione, come quello che si rileva col ricorso, e dee di conseguenza essere annullata.

Respinta, col decreto del dì 11 maggio, la domanda di riapertura dei ter-

---

casi in cui siasi chiesto il rigetto dell'appello senza esame, e, come la cassazione torinese, e la stessa cassazione napoletana, nella sentenza che annoto, ammette la possibilità di chiedere il rigetto di appello senza esame, anche dinanzi ai pretori, quando sono aditi come giudici di appello avverso le sentenze dei conciliatori, sarebbe grave difetto di logica negare (e in ciò il mio ragionamento coincide col punto di vista in cui si pone, nella sentenza che annoto, la cassazione) dinanzi ai pretori, in appello, la comparsa tardiva; e negarla, per conseguenza, anche in primo grado.

Nè la comparsa tardiva (arg. art. 442 c. p. c.) è incompatibile con la natura dei giudizi pretoriali (art. 447 c. p. c.).

Se ancora qualche dubbio rimanesse, basterebbe riflettere che nessuno ha vietato mai, al convenuto in giudizio dinanzi al pretore, resosi contumace nella udienza stabilita, di presentarsi egualmente ad una udienza successiva, alla quale l'attore stesso avesse fatto differire la causa, o di costituirsi addirittura ad una udienza in cui la causa, dopo qualche provvedimento istruttorio espletato, si trovasse riprodotta. Orbene, tutto ciò non è lo stesso, ed anzi, non è qualche cosa di più di quanto chiede il contumace, durante il tempo che passa, tra l' udienza in cui si chiesero i provvedimenti del magistrato e la pronunzia di costui?

Resta l'altro argomento desunto dall'art. 232 del reg. gen. giudiz., quello che riguarda la forma in cui si debba proporre la comparsa tardiva. L' art. 232 dice che il contumace, il quale voglia comparire tardivamente (art. 386 c. p. c.), debba costituire il procuratore; e perciò concerne evidentemente i soli giudizi dinanzi ai tribunali. Ma forse, lo stesso art. 386 del codice, non concerne i giudizi dinanzi ai tribunali? Quel che bisogna vedere è, se, data l'applicabilità di questo, per analogia, ai giudizi pretoriali, sia da applicare anche quello, per analogia. E che la risposta debba essere affermativa, si deduce dal fatto, che per analogia, l'art. 232 è stato applicato anche ai giudizi in materia commerciale, in cui neppure occorre ministero di procuratore. Così ragionano quasi tutti gli scrittori e la giurisprudenza, che sono favorevoli.

Del resto oggi la questione mi sembra legislativamente semplificata e risoluta. Non indago se con l'art. 49 del r. d. 31 agosto 1901, abbia il governo, interpretando la legge, ecceduto dal mandato di coordinare e rendere applicabili le disposizioni contenute nella legge del 31 marzo 1901, con le altre preesistenti. Però indubbiamente ha risoluto la questione, che si poteva fare e si è fatta, in base all'art. 232 del reg. gen. giud., perchè, tra l'altro, ha disposto, che « il contumace, il quale intende valersi della facoltà concessa nella prima parte dell'art. 386 del codice di procedura civile, *deve depositare in cancelleria la comparsa conclusionale, col mandato,* QUANDO OCCORRA, *e coi documenti.* »

Prof. **Vincenzo Galante**

mini, per la inapplicabilità dell'art. 386 pr. civ., il pretore ebbe assai facile gioco, a ritenere la completa applicabilità dell' art. 489 pr. civ. ai giudizi di appello dalle sentenze dei conciliatori, per l'avvenuta deroga dell'art. 17 della legge 16 luglio 1892, a mezzo della posteriore legge del 28 luglio 1895, con la quale si sarebbero reintegrate, per siffatti procedimenti, le norme ordinarie della legge del rito.

Ma il pretore non si avvide, che, proclamando, in nome appunto di codeste norme, l' applicabilità dell' art. 489 pr. civ. non poteva non proclamare la applicabilità dell' altro art. 386, che, a mente del posteriore art. 447, per l' ordine in cui è scritto, e per l' indole sua generale, regolar dee le riaperture dei termini dai contumaci domandate in tutti i giudizi, perciocchè un solo è il principio che collega le due disposizioni. Sicchè pur conceduti come veri i concetti della sentenza del pretore, erano sempre malamente invocati contro l' applicabilità dell' art. 386, che erroneamente fu negata nel decreto del dì 11 maggio 1900, il quale, come necessario presupposto della sentenza, insieme a questa, dev' essere annullato.

P. q. m. accoglie ecc.

31 marzo 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.)—Est. CIACCIA.
Messanelli—Gaetani.

Ipoteca testamentaria — Accettazione col benefizio d' inventario — Nullità dell'ipoteca sui beni dell'erede. Cod. civ. art. 838, 848, 849, 958.

È inefficace la disposizione con la quale il testatore autorizza il legatario di un vitalizio ad iscrivere ipoteca sui beni dell'erede, quando l'erede medesimo abbia accettato con benefizio d'inventario ed il legatario abbia preso ipoteca anche sui beni particolari di lui.

Osserva che *(Omissis)* il 1° mezzo del ricorso, denunziando la violazione degli art. 838, 848, 849, 956, 968 del Cod. civ. e 517 N. 3 del C. di p. c. impegna questa unica quistione: se possa essere valida ed efficace la disposizione del defunto Ottavio Messanelli, che autorizzò la moglie Gaetani a prendere iscrizione ipotecaria sui beni immobili dell'erede Carlo Messanelli a garentia del vitalizio, quando l'erede medesimo ha accettato l'eredità dello zio col beneficio di inventario ed ha nei modi di legge acquistato e conservato, come non si mette in dubbio ed ha pure ritenuto in punto di fatto la sentenza denunziata, la qualità di erede beneficiato.

E cotesta quistione non può risolversi che in favore del ricorrente accogliendosi per ciò il 1° motivo del ricorso.

Stabilisce, di fatto, l'art. 956 del cod. civ. che lo erede può valersi del benefizio dell'inventario non ostante qualunque divieto del testatore; e soggiunge il successivo art. 968 dello stesso codice che l'effetto del benefizio dell'inventario consiste nel dare all'erede questi vantaggi: che non sarà tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti; e possa liberarsi col cedere tutti i beni dell' eredità ai creditori ed ai legatari; che non siano confusi i suoi beni proprii con quelli dell'eredità, e

che gli sia conservato il dritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti. Ora, se questi sono i principi chiari, semplici ed inconcussi della legge in tema di benefizio di inventario e di eredità beneficiata, non v'è chi non vegga con ragione dal ricorrente messa in evidenza una assoluta contradizione esistente fra la sua qualità ereditaria beneficiata e l'autorizzazione concessa alla legataria del vitalizio d'iscrivere ipoteca sui propri beni immobili particolari, creandosi in tal modo una ben strana ed ibrida figura giuridica di erede, ch'è ad un tempo erede beneficiato ed erede puro e semplice; ibridismo espressamente condannato con l' art. 958 del Cod. civ.

Nè questi principii possono menomamente mutare con l' invocazione degli art. 838, 839, e 848 del Cod. civ. con l'alea insita nella natura della prestazione vitalizia.

Imperocchè, a parte che nel caso presente trattasi di legato di quantità e non di specie, la quistione si riduce sempre nei suespressi suoi termini naturali e necessarii, vale a dire se può ritenersi valida ed efficace quella condizione, quell'onere o quel *modus* del testamento in persona del surriferito art. 956 e dell'altro art. 849 del c. c.; e la validità e l' efficacia sono giuridicaimpossibili, perchè nessun testatore può, in qualsiasi modo, privare l' erede in tutto o in parte del beneficio d'inventario, ovvero di questo beneficio distruggere gli effetti giuridici. L'alea insita nella natura della prestazione vitalizia non può mutare nè spostare i termini della quistione, restando sempre certo ed inconcusso che da un lato l' erede rimane sempre erede beneficiato con tutti gli effetti determinati dalla legge, e dall'altro i creditori ed i legatarii d'ogni genere devono sperimentare i loro dritti e ragioni unicamente sui beni dell' eredità beneficiata. (*Omissis*)

Per questi motivi. La Corte cassa.

25 aprile 1902

Pres. Santamaria—P. M. Masucci (concl. conf.)—Est. Cianci di Leo Sanseverino.

Truglia—Demanio dello Stato.

Enti ecclesiastici del napoletano—Acquisti—Mancanza di Regio assenso — Validità LL. CC. art. 826 ed 861 - Regio decreto 18 maggio 1857. Sentenza di aggiudicazione—Confini del fondo acquistato. Intestazione catastale—Prevalenza di prove.

Gli acquisti fatti dagli enti ecclesiastici napolitani prima del decreto 18 maggio 1857, tuttochè sforniti di regio assenso sono validi, avendo efficacia retroattiva il detto decreto (1).

I confini indicati nella sentenza di aggiudicazione non prevalgono sulla intestazione catastale.

Considerando che nel secondo e nel terzo motivo si sostiene che la compra del fondo Zarruga, fatta dal Clero Ricettizio con istrumento del 20 maggio

(1) Dell'autorizzazione sovrana negli acquisti degli enti ecclesiastici napoletani prima del R. Decreto 18 maggio 1857.

L'interpretazione di questo Decreto, col quale il Sovrano rinunziò al diritto di autorizzare gli acquisti degli enti ecclesiastici, ha dato luogo a parecchie contro-

1852, sia nulla, perchè sfornita del Regio assenso, ai termini degli art. 826 e 861 delle LL. CC. imperanti all' epoca del contratto.

All' uopo il ricorrente allega che il R. Decreto dei 18 maggio 1857, avendo modificate quelle disposizioni, col restringere la sovrana autorizzazione ai soli enti laicali, aveva in sè il carattere innovativo, onde non potea retroagire sul passato.

---

versie, fra le quali ha una notevole importanza pratica quella decisa anche ora da questa sentenza. Si tratta in sostanza di stabilire, se degli effetti di tale rinunzia debbano godere soltanto gli acquisti fatti dopo di essa, o pure anche quelli fatti prima e pei quali non era stata chiesta l'autorizzazione. (*)

E la Corte, come già del resto avea fatto anche altre volte, ha detto che debbano goderne e gli uni e gli altri.

Questa interpretazione però sembra che non risponda nè alla lettera nè allo spirito del decreto; il quale va considerato in rapporto alle leggi preesistenti.

Nel concordato concluso il 1818 fra il Re di Napoli e la S. Sede, abolendosi i divieti imposti anteriormente alla Chiesa di acquistare beni, all'art. 15 si stabiliva: « Ecclesia ius habebit novas adquirendi possessiones, et quicquid de novo acquisierit faciet suum, et censebitur eodem iure, ac veteres fundationes ecclesiasticae. »

Ma se nel Concordato, riconoscendosi così agli enti ecclesiastici il diritto di acquistar nuovi beni, nulla si disse circa le modalità a cui simili acquisti sarebbero dovuti andar soggetti; quando però nell'appresso vennero pubblicate le Leggi civili, furono in esse in sostanza ripetute anche in questa materia le norme del Codice francese (art. 910 e 937), e tanto più volentieri in quanto corrispondevano anche all'antica pratica del regno. Perciò nell'art. 826 delle LL. CC. si disse: « Le disposizioni tra vivi o per testamento a vantaggio degli spedali, dei poveri di un comune, degli stabilimenti di pubblica utilità *e di altri corpi morali autorizzati dal governo*, non avranno effetto se non in quanto saranno autorizzate da un decreto reale. » E nell' art. 861 si aggiunse: « Le donazioni fatte a favore degli spedali, dei poveri di un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, *o di qualunque altro corpo morale*, saranno accettate dagli amministratori rispettivi dopo che ne sieno stati debitamente autorizzati ».

Se si pon mente alla circostanza, che le espressioni generiche e comprensive: « altri corpi morali autorizzati dal governo » e « qualunque altro corpo morale » adoperate dal legislatore napoletano non avean riscontro nei corrispondenti articoli del Cod. francese; apparirà sempre più evidente l'intenzione del legislatore medesimo di sottoporre alla necessità dell' autorizzazione sovrana non solo gli acquisti degli enti laici, ma anche quelli degli enti ecclesiastici. S' erano in somma voluti revocare col Concordato gli anteriori e generici divieti di acquisti, ma non s'era inteso affatto di rinunziare al diritto sovrano di autorizzare e controllare volta per volta gli acquisti che in avvenire avrebbero fatto le chiese.

Nè la cosa fu intesa diversamente dagli scrittori del tempo.

Giacinto Maffei, ripubblicando ed annotando nel 1841 le « Institutiones iuris civilis Neapol. » di Giuseppe Maffei, a pag. 237, dopo di aver riferito l' art. 15 del Concordato, aggiungeva: « Senonchè per conciliare tali statuti *con gli antichi usi del regno* e *col dovere che ha ogni buon Monarca d'invigilare alla conservazione dei corpi morali*, a cui fa da padre, nell'art. 826 delle nuove leggi civili fu *con più chiarezza*

(*) Cfr. Scaduto, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie* (Palermo, 1887) p. 639 segg. e *Diritto eccl. vigente*, 2ª ed. II p. 210 segg.; L. Conforti, *Manuale di polizia eccl.* 2ª ed. 1902, p. 220 sg.

In verità questo Supremo Collegio, con sentenza dei 18 dicembre 1873, in causa Fondo del Culto c. Sella, e con successiva sentenza dei 30 settembre 1874, dichiarò che per gli atti a titolo gratuito, precedenti al decreto del 1857 non era tolto l' obbligo di chiedere il Regio Placito, ma posteriormente adottò e mantenne diversa giurisprudenza, a cui razionalmente deve darsi prevalenza.

---

ripetuto ciò che nell'art. 910 dell'abolito codice erasi prescritto; che cioè le disposizioni tra vivi o per testamento, in favore di *qualunque corpo morale* riconosciuto dal governo, non abbiano effetto se non in quanto siano autorizzate con un decreto reale».

E P. Liberatore, nella sua *Polizia ecclesiastica* (Napoli 1852 p. 88), dopo avere anch'egli riprodotto l'articolo del Concordato, così si esprimeva: « Ma questa facoltà di acquistare *non cessa di essere subordinata alla reale autorizzazione. Le chiese* egualmente che tutti i luoghi pii ecclesiastici e regolari *sono sotto la tutela del governo,* poichè tutti vengono sotto la denominazione di corpi morali, e per essi chiaramente dispongono le nostre leggi civili nell'art. 826...»

Da questi fatti derivano due conseguenze. Prima di tutto, si scorge in maniera indubitabile che, sino alla pubblicazione del decreto 18 maggio 1857, nel regno si mantenne coscientemente ferma la necessità dell' autorizzazione sovrana negli acquisti degli enti ecclesiastici; e che, se con quel decreto se ne fece la rinunzia, questa fu una di quelle manifestazioni reazionarie, che improntarono la vita dello Stato nell'ultimo periodo della sua esistenza, in cui credette ancora di poter trovare salvezza ed aiuti nella Chiesa. Inoltre, diventa manifesto, che, con le risposte date dal Sovrano ai reclami, che la Curia non avea tralasciato di sollevare contro i due citati art. delle LL. CC. subito dopo la loro pubblicazione, che con tali risposte non si era affatto inteso di abrogare gli articoli medesimi per quanto si riferivano agli enti ecclesiastici.

Ciò del resto risulta dalle stesse risposte. Nella Nota 10 luglio 1819 diretta al Nunzio Apostolico il Re aveva dichiarato: « che le disposizioni contenute nei citati articoli 826 e 861 *non derogavano in niente* alle disposizioni contenute nell' art. 15 del Concordato. E nella successiva dichiarazione del 20 ott. 1838 si ripeteva poi la medesima cosa. E se nel Concordato non s'era parlato affatto delle modalità degli acquisti, ben si poteva affermare che le Leggi Civili non avevano ad esso derogato.

Se dunque fino al 18 maggio 1857 il diritto rimasto in vigore fu sempre quello del 1819, ne segue che il Decreto del '57 non ebbe già lo scopo di interpretare il diritto preesistente, ma di introdurre un diritto nuovo, che mirava a regolare solo gli acquisti futuri. Nè il mezzo, adottato da una parte della giurisprudenza (alla quale si viene ora ad aggiungere anche questa sentenza), per salvare e ritenere come validi gli acquisti fatti senza l'autorizzazione sovrana prima del decreto e rimasti inattaccati sino al 18 maggio '57, mi par tale che possa condurre allo scopo avuto di mira.

Prima di tutto, non sembra che sia esatta l'affermazione, ripetuta anche ora da questa sentenza, e cioè che le Leggi del '19 non stabilivano alcun termine di rigore agl'istituti ecclesiastici per conseguire gli effetti legali di atti tra vivi o di ultima volontà. Si è già visto, che l' art. 861 diceva: « Le donazioni.... saranno accettate dagli amministratori *dopo* che ne siano stati debitamente autorizzati »; ed il decreto del '57 in modo anche più esplicito e generale così si esprimeva: « Le disposizioni tra vivi o per testamento a favore delle Chiese... avranno pieno effetto senza che occorra la *preventiva* nostra autorizzazione sovrana. Dunque prima del decreto l'autorizzazione era stata preventiva; nè del resto avrebbe potuto essere altri-

Di fatto una deroga a quel diritto di regalia non può concepirsi più solenne ed esplicita del modo, con cui venne fuori il R. Decreto del 1857, dove espressamente è detto, che ogni atto sia *inter vivos*, sia *causa mortis*, in favore della Chiesa, ha pienamente effetto senza bisogno di sovrana autorizzazione.

Il concetto adunque dell' assoluta capacità degli Enti Ecclesiastici, a fare acquisti patrimoniali, risulta evidente da quel Decreto, con cui il Capo dello Stato, compendiante in sè tutti i poteri, abdicò completamente ad un diritto inerente alla Corona. Nè si dica che in reggimento politico di quella indole, quantunque il Sovrano provvedimento dei 18 maggio 1857 avesse tutti i requisiti di una legge regolarmente promulgata, pur nondimeno non potesse retroagire sugli atti precedentemente avvenuti.

A dileguare tale obbligazione, basta il por mente che, tanto le leggi del 1819, quanto il R. Decreto del 1857, non stabilivano alcun termine di rigore agli Istituti Ecclesiastici, per conseguire gli effetti legali di atti tra vivi o di ultima volontà.

Rimossa quindi la necessità del Regio Placito, siccome non era decorso il tempo utile alla Ricettizia di Squillace a farne dimanda, così riesce evidente che il suo acquisto del fondo Zarruga fu pur compreso nella Regia Sanzione,

---

menti se voleva rimanere vera autorizzazione, che interviene in esso negozio a rendere capace ad agire un soggetto che per sè solo non è tale.

Il che certo non vuol dire che, se nell'epoca in cui l'autorizzazione era richiesta un ente ecclesiastico faceva materialmente un acquisto senza domandarla prima ma domandandola invece dopo, e il Sovrano gliel'accordava, tale concessione non avesse fatto diventare giuridicamente valido un simile acquisto. Ma non può essere consentito di riguardare dallo stesso punto di vista gli acquisti fatti senza autorizzazione prima del decreto del '57; quasi che questo li avesse nel momento della sua pubblicazione fatti diventar tutti validi da invalidi che erano stati fino allora. Giacchè la questione si ripresenta sotto la domanda: Se fino al momento della pubblicazione del decreto del '57 era rimasto in vigore il diritto del '19 quale secondo questo era la consistenza giuridica di quelli acquisti?

Per poter far percorrere ad essi il periodo intercedente fra il momento in cui avvennero e quello della pubblicazione del decreto salvatore, bisognerebbe considerarli (e così pare in sostanza che li consideri la Corte), come diritti, che si trovavano in un processo di divenire, iniziatosi prima del decreto e compiutosi dopo. Ma ognun vede come ciò non sia possibile; e come invece quegli acquisti, in quanto non erano sottoposti a termine o condizione, siano da riguardare come negozii che o si perfezionarono o pur no nell'atto in cui avvennero. Quindi è evidente che, se in quel momento colui, che figurava da acquirente, era incapace di acquistare senza l'autorizzazione, a norma del diritto vigente allora, egli non acquistò alcun diritto e neanche la speranza di un diritto.

Nè, si noti in ultimo, la incapacità degli enti ecclesiastici era un' incapacità relativa. Poichè, avendo l'autorizzazione sovrana non solo lo scopo di tutelare e garantire i diritti ed i vantaggi dell' ente, ma anche quello più alto e più ampio di mantener ferma, da un lato, la potestà dello Stato sulla Chiesa, e di vigilare, d'altro lato, alla tutela di altri diritti ed interessi contrarii a quelli dell' ente in questione, essa viene a costituire parte integrante ed essenziale dall'atto giuridico dell'acquisto. Quindi la volontà dell' ente da sè sola è la volontà di un soggetto completamente incapace nella sfera d'azione a cui l'autorizzazione si estende.

Prof. **F. Brandileone**

che dispensava gli Enti Ecclesiastici dall' ottemperare a quel diritto eminente di Regalia. Insomma allo stesso modo con cui la Chiesa addiveniva capace di acquisti nel momento della regia approvazione, egualmente assumeva tale capacità dopo la solenne ed esplicita dichiarazione, circa la deroga alle leggi civili, in riguardo agli acquisti precedenti e dei quali non si era dimandata la sovrana autorizzazione : *res incidit in eum casum, a quo incipere non poterat.* (*Omissis*).

Considerando che col quarto e quinto mezzo si deduce che per effetto della sentenza di aggiudicazione del 28 febbraio 1891 fu attribuito al ricorrente Truglia lo intiero fondo Zarruga coi suoi specifici confini dietro il giudizio di espropria in danno dei signori Fiorita, eredi di Vincenzo Baldaia, che, a sua volta, nel 1854 lo aveva acquistato dai coniugi Cussari - Polito. Infine si dice che unendo il Truglia al suo possesso, quello dei suoi danti causa, per oltre un trentennio a ragione eccepì la più lunga prescrizione. A respingere cotesti mezzi di annullamento, il Supremo Collegio osserva che l' una e l' altra quistione in sostanza riducevansi ad una indagine di fatto; ed in codesta indagine il ricorrente indarno eccepisce che i confini del fondo risultanti dalla sentenza di aggiudicazione debbono prevalere alla intestazione catastale. In vero la legge, indicando le prove ammessibili nei giudizii civili, dove crede di introdurre prevalenze e restrizioni, lo fa espressamente.

Così, quando dichiara in termini espliciti, che le presunzioni da essa stabilite, cioè quella *juris et de jure* non ammettono la prova in contrario, non dice punto, che una presunzione *iuris* come quella dei confini di un fondo risultanti da un titolo qualsiasi, debba anteporsi ad un forte complesso di presunzioni *hominis* in guisa che sulla coscienza del giudice debbono queste su quelle preponderare, quasichè una quistione di proprietà possa risolversi da congetture, circostanze indizianti, o presunzioni desunte semplicemente dalle condizioni locali e non da altre contingenze di fatti attinenti al possesso delle parti contendenti.

La legge stessa porge un esempio, circa il modo di argomentare nella ricerca del vero in casi simili, quando negli art. 546 e 547 Cod. civ.. fa dipendere la proprietà esclusiva o la comunione dei muri divisorii dalla positura dei pioventi, dalla condizione degli sporti, delle mensole, dei cornicioni, dei vani e simili e da altri segni *indicationis causa* dal legislatore enunciati. Posto ciò, se il Tribunale dall'esame dei documenti ed in generale dalla istruzione della causa si convinse, che era escluso ogni dubbio circa la erroneità dei confini segnati nella sentenza di aggiudicazione del 1891, non potendo essi attribuire al deliberatario Truglia ciò che non apparteneva agli eredi di Vincenzo Baldaia, debitori espropriati (art. 686 p. c.), ciascun vede che i giudici di merito sul proposito emisero un giudizio di fatto, che sfugge al sindacato del Supremo Collegio.

La denunciata sentenza invero, nel caso concreto applicò a giusto la massima : *nemo in alium transferre potest plus juris quam ipse habet*, e conseguentemente la trascrizione del titolo esibito dal ricorrente non poteva estendersi oltre i confini del fondo già posseduto dal Baldaia e suoi eredi, e quindi non poteva vincere il titolo del 1852 esibito dal Demanio, benchè non trascritto e che riguardava un diverso appezzamento, *aliud corpus*.

P. q. m. La Corte rigetta il ricorso.

23 maggio 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CATURANI.
Vaccaro — Leone.

Testamento pubblico—Notaio affine in 3° grado dell'erede istituito—Validità. Legge notarile art. 49 e 51.

È valido il testamento pubblico raccolto da un notaio affine in terzo grado dall'erede istituito (1).

Attesochè col primo mezzo del ricorso si censura adunque la sentenza denunziata, per avere la Corte d'Appello al pari dei primi giudici, estesa ai testamenti la sanzione di nullità per rapporti di parentela, che la Legge Notarile del 25 marzo 1879 commina unicamente agli atti contrattuali, e la differenza ne risulta manifesta, soggiunge il ricorrente sig. Vaccaro, dalla combinazione degli art. 24, 49 e 51 della stessa Legge; mentre pei testamenti in termini espressi va disposto che ne sia la Legge notarile applicabile solo, ed in quanto conforme e consona al dettato del Codice civile e di Procedura civile; talchè il Codice civile di regola ne governa la materia. E poichè le nullità dei testamenti sono contemplate appunto dagli art. 771 e 773 di detto Codice, ne consegue di aver errato la Corte di merito nel ritenere nullo il testamento del fu Luigi Leone sol perchè il notaio Vaccaro, che ne rogò l'atto, si trovasse in rapporto di affinità in terzo grado con la erede istituita.

E per verità il ricorso del Vaccaro, a cui per questo primo mezzo aderisce implicitamente la erede istituita sig. Cristina Leone insieme a suo marito con il loro controricorso, sembra al Supremo Collegio abbastanza fondato. Tutto il ragionamento infatti, tenuto dalla Corte di Appello nel confermare per questo lato la pronunzia dei primi giudici, si fonda su questi concetti:

Per il N. 3., essa disse, dell'art. 24 del R. Decreto 25 Maggio 1879, approvante il testo unico sul notariato, il notaio è obbligato a ricusare il suo ministero per gli atti che contengono disposizioni che interessano, fra l'altro, suoi affini sino al terzo grado inclusivo;

l' art. 49 poi della stessa Legge colpisce di nullità l'atto per tal modo stipulato, salvo il disposto dell'art. 1316 Cod. civ., nullità, ben vero, che non possa estendersi oltre le disposizioni in contravvenzione al N. 3 del citato art. 94;

per l'art. 51 infine la disposizione del cap. 1° num. 3 del citato art. 24 si applicano pure ai testamenti ed agli altri atti, per quanto diversamente non sia sancito dal Codice e dalla procedura civile, e dalle altre leggi del Regno.

Se dunque il notaio Vaccaro, soggiunse poi la Corte, è poi affine in terzo grado di Cristina Leone istituita erede universale dal testatore, la istituzione è nulla rispetto a costei, ma sono validi però i legati, come bene aveva già ritenuto il Tribunale in prima istanza.

Se non che la Corte, così giudicando, non fece esatta applicazione dei prin-

(1) La motivazione della riportata sentenza non lascia alcun dubbio sull' esattezza della tesi adottata. Vedasi al riguardo la monografia di N. MARCHESE in *Notariato italiano* 1902, 249.

cipii che regolano la materia, e violava evidentemente le varie disposizioni di legge, di cui è cenno nel detto primo mezzo del ricorso.

Non è dubbio, anzi tutto, che per l'art. 24 della Legge notarile 25 Maggio 1879 il notaio sia obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto; ma deve però ricusarlo in taluni casi quivi espressamente stabiliti, e fra l'altro, se l'atto contenga disposizioni che interessano lui stesso, la moglie sua od alcuno dei suoi parenti od affini in linea retta in qualunque grado, od in linea collaterale fino al terzo grado inclusivamente, ma da ciò non segue che il notaio possa con anticipazione rifiutarsi a ricevere un testamento, ignorando da sua parte quali disposizioni il testatore, dietro l'invito a lui fatto, sia poscia per dettargli, e tanto meno potrebbe egli sospendere poi l' atto, e rifiutarsi nel corso del testamento appena sentisse la nomina d' un suo parente od affine nei gradi testè indicati, giacchè verrebbe per tal modo ad impedire che il testatore facesse poi ben altre disposizioni per nessun verso attaccabili.

Ed un argomento ne porgono gli art. 777 e 778 Cod. civ. per cui il testamento pubblico va ricevuto da un notaio al quale il testatore dichiarerà in presenza dei testimoni assunti nell'atto la sua volontà, che sarà poi redatta in iscritto per cura di esso Notaio; e dopo darà questi lettura del testamento al testatore in presenza degli stessi testimoni. Tutto questo induce naturalmente a ritenere che non fosse possibile nella pratica l'applicazione dell'art. 24 della legge notarile ai testamenti per atto pubblico.

D'altronde la pretesa nullità della istituzione di erede nel caso concreto punto non sussiste: imperocchè l'art. 49 della citata legge Notarile 25 Maggio 1879 venne nella specie male a proposito invocato per non esser desso applicabile agli atti di ultima volontà, sibbene agli atti contrattuali, siccome ben si appone il ricorrente.

Prova ne sia che in detto art. 49 si fa rimando all' art. 1216 Cod. civ. che sta sotto il titolo quarto delle obbligazioni e dei contratti; e lo art. 51 poi della stessa Legge estende bensì il detto art. 49 anche ai testamenti, ogni volta che non siavi incompatibilità con le attinenti disposizioni del codice civile. E la ragione n'è manifesta; perchè lo erede ed i legatarii chiamati dal testatore non sono contraenti; nè intervengono punto nei testamenti, in cui la scelta del Notaio è data soltanto alla fiducia di chi vuole disporre dei suoi beni pel tempo successivo al trapasso dalla vita alla morte.

Le leggi notarili ed i codici precedenti dettavano per verità, una disposizione per i contratti e per i testamenti; ma la legge notarile vigente, quella cioè, del maggio 1879, seguendo un sistema diverso e più razionale, dopo di avere nell' art. 49 determinati i casi che valgono ad inficiare i contratti, fra cui l' interesse dello stesso notaio e dei suoi parenti od affini nell'atto, secondo i gradi di cui allo art. 24, aggiunge poi nello art. 51 una novella disposizione, prescrivendo l' applicabilità del detto art. 49 ai testamenti, solo quando non siavi incompatibilità con le disposizioni del Cod. civ. Nell'art. 24, insomma, della legge notarile sono contemplati i casi di ricusa che, anche con osservati non mancano a nullità allo stesso modo, onde non può dirsi nulla una sentenza emessa con l' intervento d' un giudice non ricusato, o che non siasi astenuto; le nullità degli atti notariali poi sono quelle tassativamente

prescritte dall'art. 49, ma esse, come soggiunge l'art. 51, non si riferiscono ai testamenti se non quando siano in armonia al Cod. civ. Ora i casi di nullità quivi stabiliti son quelli di cui agli art. 771 e 773, nè vi è detto che non possa ricevere per testamento chi sia parente od affine in terzo grado inclusivo col notaio.

E poichè in tema d' incapacità la interpretazione dev' essere in senso ristretto, ne segue di non potersi a quei casi tassativamente stabiliti dalla legge aggiungerne altri.

Ed era poi necessità che con l' art. 51 la legge notarile avesse eccettuati i testamenti dalle nullità dell' art. 49, richiamandosi in proposito alle disposizioni del Cod. civ. giacchè nei piccoli comuni specialmente, e sono moltissimi, ove risiede di ordinario un solo notaio, nella supposizione che egli vi avesse delle parentele, non potevano privare un moribondo, che per avventura bisogno avesse del di lui ministero, del dritto di disporre in *extremis* del suo patrimonio, per mancanza di altro notaio indifferente, da richiedersi in paesi diversi, con la probabilità, ed anche il pericolo, che una morte imminente non avrebbe spesso dato tempo a cosiffatte ricerche.

(Omissis) Per questi motivi. Cassa e rinvia.

3 aprile 1903

Presid. SANTAMARIA—P. M. CALENDA DI TAVANI (concl. conf.)—Est. CIACCIA
Paolillo—Principe.

Rinunzia all' appello principale — Inammessibilità dell' appello incidentale. Art. 487 ult. cap. cod. di proc. civ.

La rinunzia all'appello principale, ancorchè non accettata, rende inammessibile l'appello incidentale posteriormente proposto (1).

(Omissis) — Osserva che la quistione di rito proposta col primo mezzo, è stata disaminata da questa Corte Suprema più volte, l' ultima volta nell' udienza del 10 corrente mese nella causa Blasi e Matera, e fu sempre risoluta

---

(1) Ancora una volta la suprema corte napoletana decide che la rinunzia all'appello principale, ancorchè non accettata, rende inammessibile l'appello incidentale posteriormente proposto.

La questione è di vecchia data. Io stesso me ne sono occupato altra volta (V. Galante, *Sulle rinunzie agli atti del giudizio*, Napoli, 1901, pag. 32 e segg. n. 60), ed accettai la opinione contraria a quella seguita nella sentenza che annoto. Bisogna riconoscere però che, sebbene la dottrina migliore (e basterebbe ricordare il Mattirolo, *Dir. civ. giud.* . IV, ediz. 4ª, n. 282 e segg.; il Mortara, *Appello civile* n. 1615 e segg. *Man.* II, ediz. 3ª, n. 616 e Fadda e Bensa, annotaz. al Windscheid, I, p. 885 e 886. Per altre citazioni e per una più lunga esposizione della questione, veggasi una recente nota dell' avv. Pouchain nel *Foro ital.* 1902, 1293), sia per la opinione da me seguita, la giurisprudenza si è venuta sempre più affermando per l' altra, tra i cui sostenitori meritano veramente di essere ricordati soltanto due vecchi, per quanto autorevoli, scrittori di procedura: il Pisanelli (*Comm.* IV § 654), che peraltro commentava l' art. 587 del cod. sardo del 1854 (corrispondente all' art. 552 del cod. del 1859) dove si diceva che il re-

nel senso che fosse inammessibile l'appello incidentale proposto dopo la rinunzia all' appello principale.

Ed oggi nella causa presente non può che riconfermare le precedenti decisioni.

E di fatti, senza bisogno di ampia discussione, che ben potrebbe dirsi inutile in presenza di una quistione ad un tempo tanto semplice e vecchia, due

---

cesso dalla lite in causa di appello, alla stessa guisa che la perenzione, dà forza di cosa giudicata alla sentenza appellata, e il Borsari (*Comm.* sull' art. 487). Per la giurisprudenza più recente, veggansi: cass. Roma, 2 luglio 1894, *Foro ital.* 1894, 762; cass. Firenze, 4 aprile 1895, *Foro it.* 1895, 622; app. Milano, 31 dic. 1895, *Mon. Trib. Mil.* 1896, 269; app. Aquila, 9 dicembre 1896, *Foro it.* 1897, 95; cass. Torino, 13 ottobre 1897, *Foro ital.* Rep. 1897, v. *appello civ.* n. 234; app. Genova, 23 febbraio 1897, *Foro it.* eod. n. 235; cass. Palermo, 18 dicembre 1897, *La Legge* 1898, I, 476; app. Milano, 13 aprile 1898, *Filangieri* 1898, 616; cass. Napoli, 6 giugno 1900, *Dir. e giur.* XVI, 77; app. Napoli, 23 marzo 1901, *Foro ital.*, 451 cass. Roma, 16 maggio 1902, *Foro ital.* 1902, 1293. Non mancano però sentenze, che dichiarano inammessibile l'appello incidentale proposto dopo la rinunzia all'appello principale, solo nel caso che questa sia stata accettata (Cass. Palermo, 5 ott. 1882, *Giur. ital.* 1883, I, 1, 189; cass. Torino, 12 settembre 1895, *Giur. ital.* 1895, I, 1, 1008; app. Roma, 13 maggio 1895, *Foro ital.* Rep. 1898, v. *appello civ.* n. 197; appello Trani, 13 giugno 1898, *Foro ital.* Rep. 1898, v. *appello civ.* n. 244, e 23 giugno detto, *Foro it.* eod. n. 245. Per le indicazioni sulla giurisprudenza anteriore vedi in Mattirolo, op. loc. cit.).

L'art. 487 ult. capov. del cod. di proc. civile dice: « L'appello incidentale non è efficace se l'apppello principale sia rigettato per essere stato proposto fuori termine; negli altri casi il rigetto dell'appello principale, o la rinunzia al medesimo non pregiudica l'appello incidentale. »

Le considerazioni, che vengono su da questo articolo, sono pure elementari, sebbene diverse da quelle accennate nella sentenza che annoto, ed io mi limito a riassumerle appena:

1) La lettera della legge esclude la proponibilità efficace dell' appello incidentale, *solo quando l' appello principale sia stato rigettato per essere stato proposto* FUORI TERMINE, non in tutti *gli altri casi*, e quindi nemmeno quando vi sia stata *rinunzia all' appello principale*;

2) la stessa lettera della legge, stabilendo che *la rinuncia all' appello principale non pregiudica l' appello incidentale*, non distingue il caso in cui la rinunzia sia stata accettata, da quello in cui non lo sia stata ancora, nè quello in cui l'appello incidentale sia stato proposto prima della rinunzia, dall'altro in cui sia stato proposto dopo.

Eppure l'una cosa e l'altra non erano indifferenti. Infatti:

a) Anche la rinunzia all' appello, per regola (checchè dica in contrario la suprema corte napoletana) dev'essere accettata, e fino a quando non sia stata accettata, non è efficace di fronte all'appellato, pur vietando al rinunziante la proposizione di un nuovo appello. « In appello la rinunzia, senza bisogno di essere accettata, ha la sua efficacia, in quanto possono in essa riscontrarsi i requisiti dell'acquiescenza e possa valere come tale; ma ciò non toglie che essa, per valere come rinunzia, deve alla stessa guisa di ogni altra rinunzia, essere accettata. La rinunzia accettata, al pari della perenzione, nei giudizii di appello o di revocazione, ha immediatamente l'efficacia di dar forza di cosa giudicata alla sentenza, quando non ne siano stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei

sono i criteri giuridici fondamentali che conducono necessariamente alla già adottata ed oggi ripetuta risoluzione. Il primo, che l'appello incidentale, dalla legge concesso con termine e forma speciale, suppone l' esistenza dell'appello principale (articoli 486 e 487 del codice di procedura civile), il secondo, conseguenza necessaria del primo, che non è possibile proporre appello inci-

---

detti giudizii (art. 341 c. pr. civ.), ed esprime questa intenzione da parte del rinunziante, implicitamente. La rinunzia non accettata invece, per sè, poichè esprime soltanto la volontà di rinunziare al gravame proposto, può valere acquiescenza, in quanto non siano altri gravami proponibili, e in quanto nella specie si possa fare acquiescenza; e solo mediatamente e per conseguenza di legge fa che la sentenza passi in cosa giudicata (Galante, op. cit. pag. 35). »

Comunque, è certo tra gli scrittori prevalente la opinione che la rinunzia all'appello non ha bisogno di essere accettata dall' appellato, solo allorchè questi non abbia alcun legittimo interesse ad opporsi: il che peraltro accade ordinariamente. Ma, tra le eccezioni, si pone proprio il caso in cui la sentenza dei primi giudici non abbia pienamente accolte le conclusioni dell'appellato, ed il recesso dell' appellante avvenga in un tempo in cui l'appellato ancor potrebbe proporre l'appello incidentale (vedi su ciò in Galante op. cit. pag. 29 e 31).

b) Il codice sardo del 1859, all'art. 540, disponeva: « Sussisterà l'appello incidentale, se, *dopo che il medesimo venne proposto,* si sarà fatto recesso dall'appello principale. » E se il codice nostro, quasi interamente modellato su quello sardo del 1859, non riprodusse la disposizione sopra riferita, è chiaro che volle evitare ogni distinzione.

3) Se si dovesse ammettere che la rinunzia all' appello principale vieti di proporre l'appello incidentale, bisognerebbe ammettere altresì che il legislatore abbia voluto favorire la gente di mala fede. Infatti, poichè l'appello incidentale, dato che le cause oggi si svolgono tutte a rito sommario (art. 1 e 2 legge 31 marzo 1901), deve proporsi « nelle conclusioni prese alla prima udienza in cui si tratta la causa, » come dice l' art. 487 del codice, o, « con la prima comparsa » come dice l' art. 54 del decreto di coordinamento 31 agosto 1901, è facile osservare che, qualora una delle parti volesse far decadere l' altra dal diritto di appellare, basterebbe che proponesse, subito dopo la notizia della sentenza, appello principale, per poi rinunziare ad esso, appena un' ora prima dell' udienza. L' appellato, il quale, avuto l' atto di appello, pensava di potersi legittimamente e più comodamente gravare avverso la stessa sentenza, e aspettava l' udienza, rimarrebbe deluso. Qui si può dire veramente e più a proposito di quanto non faccia la sentenza annotata, che sarebbe un calunniare il legislatore, attribuendogli la intenzione di dar libero corso, con le sue regole, al cavillo forense, per agevolare la gente di mala fede.

In conclusione: « Fin quando la rinunzia all'appello principale *non è accettata,* il processo è tuttavia pendente e le condizioni processuali per la proponibilità dell'appello incidentale rimangono intatte (Mortara, *Appello civile*, n. 1619). » S'intende poi, che, dopo l'accettazione, non si può più oltre proporre l' appello incidentale, a meno che l' appellato non abbia fatto un' accettazione condizionata (Mortara, ivi, n. 1621).

Nella nostra legge non occorrerebbe quindi una disposizione analoga a quella contenuta nel § 484 del cod. di proc. germanico del 1877, per la quale l' appello incidentale può aver sussistenza per sè, come appello principale (selbständig). Vedi il § 522 del testo 20 maggio 1898.

Prof. **Vincenzo Galante**

dentale quando già si è rinunziato allo appello principale, onde lo stesso non ha più vita giuridica.

Con questi criteri interpetrando o meglio leggendo il capoverso dell' art. 487 del c. p. c., rendesi manifesto che ivi la legge intende parlare di un appello incidentale già proposto prima della rinunzia all'appello principale, e non già di un appello principale potenziale e di là da venire; anzi sarebbe un calunniare il legislatore attribuendogli la intenzione di essersi occupato di un ente inesistente, di una cosa non nata, cioè di un appello incidentale inesistente, quando avvenne la rinunzia allo appello principale.

La sentenza denunziata, per schivare queste gravi obbiezioni, soggiunge che la rinunzia all'appello principale non era stata accettata dal Principe: errore cotesto non meno grave del primo, perchè si confondono due cose totalmente opposte e con diversi effetti giuridici, cioè la rinunzia agli atti del giudizio, con la rinunzia allo appello; ed appunto per la diversità degli effetti giuridici la rinunzia agli atti del giudizio deve essere accettata, mentre non ha bisogno dell'accettazione la rinunzia all'appello, la quale ha l' effetto importantissimo di far passare in giudicato la sentenza dei primi giudici *(Omissis)*. Per questi motivi. Cassa ecc.

18 aprile 1903

P. Pres. SANTAMARIA — P. M. CALENDA (concl. conf.) — Est. BIANCO
Napoli — Ferrovie Mediterranee.

Espropriazione per p. u: Danno derivante alla parte residua del fondo — Sede di liquidazione. Art. 40 legge sulla espropriazione per p. u.

Riconosciuto dall' ente che procede alla espropriazione per pubblica utilità il danno derivante alla parte del fondo che rimane al proprietario, il giudizio pel risarcimento non può essere riservato dal magistrato con una semplice salvezza, ma deve avere il suo svolgimento nella sede di espropriazione (1).

Che il ricorso nei suoi tre mezzi, i quali sono tre profili d' uno stesso concetto, dell' ingiusto rimando cioè, ad altro giudizio, di una controversia già pronta alla decisione, dee andar evidentemente accolto. — Siffatto rimando non fu consigliato alla Corte da insindacabili convincimenti di fatto, in essa per avventura, surti dagli elementi del processo. Fu invece determinato da inesatti concetti di diritto; in quanto ebbe ritenuto che la Società non contestasse il diritto o meno dell' espropriato alla indennità di ciò che possa costituire molestia dell' esercizio della linea ferrata, e che non sia la conseguenza della occupazione del suolo privato, tra le quali era da annoverarsi quella chiesta dal Napoli, non potendo andar compreso nelle indennità di espropriazione, ciò che non fosse lo effetto della espropriazione stessa.

Che in codesti concetti i giudici di merito han confuso i limiti degli arti-

---

(1) Giureprudenza costante. La decisione su riferita espone chiaramente quali siano i criterii informatori dell' art. 40 della legge, tra cui è certo quello che il danno fornisce un elemento da tenersi presente nella determinazione della indennità V. conf. A. Venezia 20 giugno 1898 (*Annali* 1898-258).

coli 40 e 46 della legge sulla espropriazione per pubblica utilità del giugno 1865, che vogliono tenersi del tutto distinti.

Imperocchè nel primo di essi è contemplata la condizione dell'espropriato, nel secondo quella degli altri proprietarii di fondi, che dall' esecuzione dell'opera pubblica vengano a soffrire un danno permanente, per la perdita o diminuzione di un diritto. Per l'articolo 40, che segue al precedente articolo 39, nel quale vengon segnati i criterii di valutazione di una espropriazione totale nei casi di occupazione parziale, l'indennità consister dee nella differenza tra il giusto prezzo dell' occupazione, e quello che potrà avere la residua parte di esso, dopo l' occupazione. La condizione di colui che alla comune utilità sacrifica il suo diritto di proprietà dee essere mantenuta quale era prima dell' espropriazione. Se dunque la parte risparmiata, nel caso appunto di una parziale espropriazione, riceva un particolare danno, per la destinazione della parte espropriata, e se di questo non gli è tenuto giusto calcolo, ne aerriverebbe una ingiusta conseguenza a danno del privilegio di essa, dalla legge voluta evitare.

Perocchè nel suo patrimonio non si rinverrebbe reintegrato l' uguale valore trasformato dell' immobile, costituito appunto da ciò che egli riceve per indennità, e dal giusto prezzo che potrà avere la residua parte del fondo. Su questa speciale condizione di cose si adagia la differenza sostanziale fra lo espropriato e gli altri proprietarii, cui accenna l' articolo 46. Costoro non han diritto a domandare le indennità, se non nel caso, che dalla esecuzione dell' opera i loro fondi vengano a soffrire, in rapporto agli stessi, la perdita o la diminuzione di un diritto; perocchè solo in questo caso essi entrano in rapporti giuridici con l' ente espropriante.

Siffatta interpretazione, così armonica, di codesti articoli della legge, è omai accolta dalla più sana dottrina, e dalla uniforme giuresprudenza di questa e delle altre Corti regolatrici del Regno. Or quando al Napoli, che pativa la parziale espropriazione per pubblica utilità, del suo fondo, lamentava permanente il deprezzamento, che alla parte residua di esso derivava, per la verificata inutilità della vecchia cantina, vicina di troppo al passaggio dei treni, e la conseguente necessità della costruzione d' una nuova; codesta sua doglianza, salvo i risultamenti dei mezzi istruttorii, disposti già per la valutazione della parte del fondo stesso da occuparsi, non poteva essere rimandata, sotto forma di salvezza di diritto, ad un futuro giudizio senza ledere i principii delle due disposizioni della legge del giugno 1865, più su disaminate.

Per questi motivi — La Corte cassa ecc.

23 aprile 1903.

Pres. SANTAMARIA—P. M. CALENDA (conc. conf.)—Est. CIACCIA.
Lanza e *Lioy-Lupis—Peruzzi* e *Rotondo.*

Interesse ad agire—Patto circa le spese del giudizio. Cod. di p. c. Art. 36.

Natura dell' azione—A chi spetti defininirla. Cod. di p. c. art. 134.

L'interesse ad agire è quello che va desunto unicamente dall'indole dell'azione; onde esso non vien meno nell'attore cui altri siasi obbligato rifare delle spese.

Spetta al giudice definire il nome dell' azione spiegata in giudizio, onde, se nella citazione si contengono gli elementi della turbativa e della reintegranda- deve il magistrato farvi diritto per l'uno o per l'altro titolo senza che così sostituisca un'azione all'altra.

Osserva sulla 1ª questione che, negandosi agli originarii attori eredi Lanza l' interesse a promuovere l' azione possessoria relativa al finestrino, la sentenza denunziata ha evidentemente violato l' art. 36 del cod. di p. c. secondo il quale l' interesse va desunto unicamente dall' indole dell' azione in rapporto ai diritti lesi e non già dalle peculiari ragioni di convenienza. L' interesse di cui parlavano le leggi antiche e parlano altresì le vigenti è quello obbiettivo messo a rapporto del diritto messo in atto e non quello subbiettivo, dipendente da particolari circostanze di convenienza fra alcuna delle parti. Ciò posto è innegabile lo interesse degli eredi Lanza a proporre la loro azione relativamente a quel linestrino il quale grave pregiudizio arrecava al possesso ed alla proprietà della loro casa.

Tutto quello che con la scrittura privata del 30 giugno 1890 era interceduto tra gli eredi Lanza ed i coniugi Fontana e Lioy-Lupis non poteva mai eliminare quell' interesse giuridico insito nell' azione proposta sia perchè quelle ragioni di convenienza restavano estranee all' interesse medesimo, d' altronde affermato e conservato nel preambolo della scrittura medesima, sia perchè gli effetti di quella scrittura restavano sempre circoscritti fra coloro che l' avevano sottoscritta e non potevano di certo invocarsi dai coniugi Peruzzi e Rotondo che vi erano completamente estranei, onde sotto questo primo aspetto i due mezzi relativi del ricorso non possono non essere accolti.

Osserva sulla 2ª questione che per l' art. 134 del cod. di p. c. l' atto formale di citazione deve, fra l' altro, contenere i fatti in compendio e gli elementi di dritto costituenti la ragione dell' azione; onde seguita che non alle parti ma unicamente al giudice spetti definire in dritto l' indole ed il nome delle azioni desumendole dalle deduzioni e domande dell' attore ed eccezioni del convenuto.

Se quindi il pretore, tenendo presenti le domande ed eccezioni, senza escludere nei motivi l' azione di spoglio, anzi affermandola, credette invece nella parte dispositiva accogliere la domanda di restituzione *ad pristinum* per turbativa anzichè per rintegranda, con ciò non sostituì di certo un' azione all'altra rimanendo sempre nei limiti della domanda. Anche sotto questo aspetto quindi vanno accolti i mezzi 3° e 4° del ricorso, e specialmente il 4° perchè, anche circoscritta la disputa nei limiti di un' azione di spoglio, era dovere impre-

scindibile dei giudici di merito esaminare se concorrevano o non le condizioni dalla legge richieste per tali azioni.

P. q. m. Cassa.

7 maggio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CAMMAROTA (concl. conf.) — Est. BURALI D' AREZZO.

Rossi — Bramuglia

Facoltà nascenti da contratto—Non esercizio—Prescrizione. Cod. civ. art. 1137.

Le facoltà concesse in un contratto si prescrivono se non esercitate in un trentennio (1).

Osserva che la disputa nei termini nei quali venne definita con la impugnata sentenza e si denunzia col ricorso, si circoscrive alla semplice quistione di dritto, se cioè le facoltà convenzionali son soggette alla prescrizione trentennale. Or questo Supremo Collegio non stima dipartirsi dalla sua costante giureprudenza assolvendo in modo affermativo la proposta quistione. Invero gli atti meramente facoltativi son quelli che vengono dalla natura o dalla legge, che riguardano dritti facultativi dei quali l'uomo è rivestito e che sono inviolabili quanto la libertà stessa che si pone in opera; onde la dottrina riconosce che la facoltà è di fatto e non di dritto *facti non juris* vale il dire non presuppone nè un dritto nè un'azione propria e particolare e quindi, non essendovi luogo all'azione, è imprescrittibile; ma ove la facoltà naturale sia sottoposta ad un contratto, formi cioè obbietto di una convenzione, in siffatta ipotesi si trasforma in un dritto e di conseguenza si conserva e si perde come ogni altro dritto derivante da convenzione e va sottoposto alla prescrizione trentennale. Cotesto concetto va ribadito sì dalla lettera come dallo spirito del ripetuto articolo col quale il codice italiano accettando la locuzione dell' art. 2132 cod. francese e quella dell'art. 2137 ll. cs. nap. dispone che soltanto gli atti meramente facultativi non possono stabilire possesso legittimo, nè prescrizione semprechè conservano la loro natura ed essenza di semplice facoltà, sian cioè meramente facoltativi escludendo in tal modo quelle facoltà che derivano da convenzione.

Di quì si trae la distinzione tra le facoltà che non sono soggette ad alcuna azione e quelle convenzionali: le prime restano sempre integre quantunque non esercitate pel decorso di oltre trent' anni, chè il difetto di esercizio degli atti meramente facoltativi non induce presunzione alcuna di abbandono del diritto trascurato ed impera la regola in *facultativis non datur præscriptio*; mentre per la facoltà che, lungi di avere il suo fondamento nella natura o nel diritto pubblico comune a tutti, si fonda ed emerge da un contratto in modo che non già la natura lo stabilisce ma un vincolo contrattuale, deve il con-

(1) Giureprudenza costante di tutte le Corti regolatrici del Regno. Una completa trattazione della materia è quella del BOLCHINI (*I diritti facoltativi e la prescrizione.* Torino Bocca 1899), il quale giustamente combatte la locuzione di *facoltà convenzionali,* impropriamente adoperata per dinotare quei diritti posti in essere in virtù di atti tra vivi o di ultima volontà.

traente che è stato nell' inerzia per il volgere di oltre trent' anni, risentirne gli effetti giuridici e si reputa di aver abbandonato il vantaggio derivante dalla convenzione una volta che non ne profittò durante il periodo della prescrizione *tunc currit præscriptio.*

Nè rileva che col contratto siasi per avventura dichiarato perpetuo il vantaggio e non vi si appose termine o condizione alcuna, imperocchè non è dato ai privati perpetuare l' esercizio delle azioni che la legge volle rendere temporanee dichiarandole prescritte col decorso di trent' anni.

Che per premesse cose la disputa si circoscrisse unicamente davanti i giudici di merito al dritto facultativo derivante dallo stipulato del 10 gennaio 1820, di fabbricare cioè il compratore nel piccolo spiazzale a suo piacere e di appoggiare il muro al palazzo del venditore signor Sacchini, e se egli ed i suoi danti causa non curarono di avvalersi di tale dritto se non nel marzo 1899, vale il dire dopo il volgere di ben 79 anni, cotesto diritto è rimasto sotto lo impero della regola per la quale son soggette alla prescrizione trentennaria le azioni tutte.

Laonde la impugnata sentenza violò la legge ritenendo imprescrittibili le facoltà convenzionali. *(Omissis)* P. q. m. Cassa e rinvia.

25 maggio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. MASCOLO
Finanza—Muscogiuri ed altri.

Questione di competenza proposta dal conciliatore — Sentenza del pretore — Inammessibilità del ricorso per cassazione.

Nei casi degli art. 456 e 458 del cod. di proc. civ. il pretore pronuncia una sentenza di primo grado inappellabile e perciò insuscettiva di ricorso per cassazione (1).

In luglio e settembre 1900, Rosa Lucia Muscogiuri trasse in giudizio davanti al conciliatore di Torre S. Susanna Angelico Orsini, pel pagamento di lire 20,80 metà di spese pagate per lui, a causa di un verbale di conci-

---

(1) Quale sia la natura del pronunziato del pretore sulla questione di competenza propostagli dal conciliatore, ai sensi e per gli effetti degli art. 456 e 458 del cod. di proc. civ., che prevedono il caso della eccezione di incompetenza proposta da una delle parti, si reputi o non fondata dal conciliatore, e della incompetenza per materia o valore, ravvisata dal conciliatore, senza che vi sia stata eccezione di parte, è detto esplicitamente dalla legge. Tale pronunziato è una *sentenza* (art. 457 cap. detto cod.). Si è dubitato se sia una sentenza *in grado di appello,* ed al dubbio ha dato luogo la dizione dell'art. 83 del codice di procedura.

Ma è stato facile l'osservare che il pronunziato del pretore è provocato dal conciliatore, non dietro un vero e proprio pronunziato sulla questione, ma dietro *semplice atto,* col quale questi *esprime* al pretore *i motivi del suo avviso* (art. 456 prima parte e 458 prima parte), e che il pretore pronunzia lui per il primo sopra *l'incidente* (art. 456 prima parte e primo capov. e 458 capov.) della incompetenza, proposto al conciliatore (art. 456 prima parte e 458 prima parte), o sollevato da questi *di ufficio* (art. 458 prima parte e 459 prima parte), qualora si *reputi incompetente per materia o valore.*

liazione non sottoposto alla formalità del registro dal cancelliere di quella conciliazione, al quale per altro erasi consegnata la corrispondente tassa.

Il cancelliere chiamato in giudizio dedusse avere egli mandato il verbale di conciliazione nel termine di legge collo importo della relativa tassa.

Ordinatasi la messa in causa del ricevitore del registro di Francavilla Fontana, questi eccepì l' incompetenza del magistrato adito.

Vuol dire che la frase *in grado di appello* usata dall'art. 83 (vedi l'art. 481 primo capov.), con riferimento agli articoli 456 e 458, oltre che all'art. 459, significa che il pretore pronunzia come *giudice di appello* nel caso dell'art. 459 (appello proposto dalle parti avverso la sentenza del conciliatore, che non abbia elevato di ufficio l'incidente della incompetenza per materia o valore, o non abbia sottoposto al pretore l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti), e come giudice *di grado superiore* al conciliatore e con sentenza *inappellabile,* nei casi degli art. 456 e 458.

Perciò, a ragione, la suprema corte napoletana, nella sentenza che annoto, segue l'insegnamento comune (Mattirolo, *Dir. giud. civ.*, I, ed. 4., n. 345), e decide che la *sentenza* di cui all'art. 457 capov. pronunziata dal pretore, non può essere gravata di appello; aggiungendo però (secondo me, anche a ragione), che per essere tale sentenza *inappellabile,* non è neppure suscettiva di ricorso per cassazione (art. 517 cod. proc. civ.). La quale ultima cosa è per altro contrastata quasi concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, proprio alla base di quell'art. 83 del codice di procedura, che pure hanno insegnato non doversi intendere alla lettera (Vedi in Mattirolo, op. cit. IV, ed. 4ª n. 999. Vedi altresì Mortara, *Man.* I, ediz. 3. n. 623 pag. 104. Sulla inammessibilità in genere del ricorso per cassazione avverso le sentenze *inappellabili,* vedi poi Mortara, *Comm.* II. n. 18 e segg.; Mattirolo, op. cit. IV, ed. 4ª n. 995 e segg., ed anche Galante, *I mezzi comuni di impugnativa avverso le sentenze degli arbitri,* Modena 1900, n. 14, pag. 55 e segg.). Solo il Mortara (op. e loc. cit.) non stiracchia, a seconda, la lettera della legge.

Ma la questione dà luogo ad altre considerazioni. Le ha già prospettate, col grande acume ch'egli ha, il Mortara (*Man.* I, n. 518 e 518 bis). Ma è opportuno insistere su di esse, perchè la opinione manifestata del Mortara non è stata seguita, mentre è la sola esatta.

La legge del 16 giugno 1892, aumentata la competenza dei conciliatori fino al valore di lire cento, distingue le sentenze pronunziate sopra *domande* il cui valore non ecceda le cinquanta lire (art. 16), da quelle *relative a controversie* che eccedano le lire cinquanta (art. 17 prima parte). Le prime dichiara « esecutive due giorni dopo la loro notificazione, *salvo il disposto dell'art. 459 del codice di procedura civile* (art. 16); » mentre le altre dice « appellabili innanzi al pretore del mandamento, nel termine di dieci giorni dalla loro notificazione (art. 17 prima parte) ».

Il criterio per decidere dell'appellabilità limitata alle questioni di competenza o estesa anche al merito, è semplicissimo: basta guardare, come dice la legge, alla *domanda* (art. 16. Vedi pure art. 72 cod. proc. civ.) nel primo caso, mentre nel secondo si deve guardare invece alla *controversia* decisa (art. 17).

Ciò importa che potrebbe diventare appellabile, anche per ragione di merito, una sentenza pronunziata su *domanda* di valore inferiore alle lire cinquanta, ove la controversia, a seguito della detta domanda, diventi di valore superiore alle lire cinquanta. Per es. è appellabile la sentenza del conciliatore in causa inferiore a lire cinquanta, quando provveda su domanda riconvenzionale superiore a detta somma (cass. Torino, 30 giugno 1897, *Foro it.* Rep. 1897, v. *appello civ.* n. 18). Invece su *domanda* di valore superiore alle lire cinquanta, la controversia decisa con la sen-

Ma il conciliatore con sentenza 22 dicembre 1900 respinse la proposta eccezione, e provvedendo in merito pose fuori causa Angelico Orsini.

Condannò il cancelliere a rimborsare la signora Muscogiuri delle somme pagate.

Condannò pure il ricevitore del registro di Francavilla Fontana a rimborsare il cancelliere delle riportate condanne.

---

tenza sarà sempre di valore superiore alla detta somma e non potrà mai essere appellabile solo per ragione di competenza.

Ma è anche semplicissima l'osservazione che la legge del 1892 non parla affatto dello speciale *incidente* sulla incompetenza, la cui decisione è rimessa direttamente al pretore, senza che sia preceduto alcun pronunziato del conciliatore (art. 456 e 458 cod. proc. civ.), mentre ricorda il caso che il conciliatore abbia pronunziato lui sulla eccezione di incompetenza, o non abbia rilevato di uffizio la incompetenza per materia o valore (art. 459 cod. proc. civ.), e dice che la sentenza, pronunziata pure su domanda il cui valore non ecceda le lire 50, è in questo caso appellabile.

È il caso di dire: *inclusio unius exclusio alterius*. Il che è tanto vero, in quanto lo speciale incidente previsto dagli art. 456 e 458 è oggi assolutamente incompatibile con le regole sull'appello avverso le sentenze del conciliatore contenute nella legge del 1892 (art. 16 e 17), ed anche nell'art. 2 della legge 28 luglio 1895.

Sarebbe curioso vedere oggi un conciliatore trasmettere il suo avviso al pretore, perchè questi decida sulla competenza, e poi una delle parti adire lo stesso pretore, perchè decida anche sul merito, in riparazione della sentenza del conciliatore; mentre se il conciliatore medesimo avesse deciso senz'altro, come pure poteva, la questione della competenza (art. 459 cod. di proc. civ.), le parti avrebbero avuto il grande vantaggio di ottenere una sola decisione dal pretore, adendolo in appello, tanto per il motivo della competenza che per i motivi di merito. E vi sarà un conciliatore, che non preferirà di seguire oggi, come più corretta e giovevole alle parti, la via che l'art. 459 del codice additava a queste, per riparare alla poca correttezza proprio del conciliatore?

E si badi che non si tratta di un semplice inconveniente. La procedura degli art. 456 e 458, ove fosse tuttavia applicabile, distaccherebbe, nei giudizi di appello avverso le sentenze dei conciliatori, le questioni di competenza da quelle di merito: per modo che, se per le prime, qualora la decisione del conciliatore non sia intervenuta, occorrerebbe provvedere ai sensi degli art. 456 e 458, una volta intervenuta tale decisione, occorrerebbe altresì e necessariamente provvedere ai sensi dell'art. 459, capov. 1°, 2°, 3°, e 4°, in tutti i casi (art. 16 e 17 legge 16 giugno 1892); e l'art. 2 della legge 28 luglio 1895 resterebbe per i soli appelli di merito.

Inoltre la esecuzione provvisoria, di cui parla l'art. 17 capov. 2 della legge del 1892, rimarrebbe limitata alle sole quistioni di merito, mentre per quelle di competenza osterebbe non tanto il disposto degli art. 459 prima parte, 462 del codice e 16 della legge del 1892, quanto il disposto del primo capoverso dell'art. 456, secondo il quale la sentenza del conciliatore, che pronunzia definitivamente sul merito, perchè non crede fondata la eccezione di incompetenza proposta da una delle parti, non può eseguirsi fino a che il pretore non abbia pronunziato sull'incidente. E come si giustificherebbe questo garbuglio di sentenze eseguibili o non, a capriccio del conciliatore, secondo che questi creda o non di sottoporre al pretore la questione di competenza?

Nè la speciale procedura degli art. 456 e 458 si può dire applicabile, come pure si è quasi concordi a ritenere (Mattirolo, op. cit. I, ediz. 5ª, n.° 340; Lessona,

Nessuna delle parti produsse appello, ma lo stesso conciliatore sottopose al giudizio del pretore di Oria il proprio avviso sull' affermata competenza con nota 27 dicembre 1900.

Il pretore con pronunziato 20 febbraio 1901 decise così:

Ritiene la competenza del conciliatore di Torre S. Susanna, nella causa fra

---

Manuale, n. 57, p. 66; Pateri, *I conciliatori*, n.° 515; cass. Torino, 28 agosto 1900, *Giurispr.* 1900, 1273, citata dal Mattirolo) alle sole cause sopra domande il cui valore non eccede le cinquanta lire, perchè oggi l'eccezione che una domanda sorpassi le cinquanta lire non rende incompetente il conciliatore, mentre sulla eccezione che la causa oltrepassi il valore delle lire cento (a parte la possibilità di invocare la disposizione dell'art. 11 capov. 1° della legge), la sentenza diviene appellabile anche per motivi di merito, e non vi ha ragione di elevare a parte l'incidente della competenza.

Resterebbe la incompetenza *per materia* ed anche quella per *territorio*. Ma anche in simili casi non si può prescindere dal valore della causa, perchè il conciliatore dovrebbe proporre al pretore lo speciale incidente di cui parlano gli art. 456 e 458 del codice di procedura solo quando, pur trattandosi di incompetenza per materia o per territorio, la lite avesse un valore inferiore a lire cinquanta e fosse perciò inappellabile per ragioni di merito. Si starebbe quindi sempre allo stesso punto, se non si volesse pure riflettere che sarebbe ben curiosa una legge, la quale può essere ritenuta in vigore solo ove se ne cerchi il significato e l' applicazione come si cercherebbe il pelo nell'uovo.

La connessione e la continenza di causa, per regola, è titolo di deroga alla competenza relativa, salvo i casi degli art. 101 e 102 cod. proc. civ.

Proposta dinanzi al conciliatore la eccezione di litispendenza (art. 104), questi dovrebbe pure e sempre provocare la pronunzia del pretore limitatamente alle cause su domanda di valore inferiore alle lire cinquanta, per evitare che la sua sentenza sia appellata nei sensi dell'art. 459. Questo accadrebbe altresì, qualora dalla chiamata in garentia (art. 449) sorgesse titolo per la incompetenza del conciliatore. Ponendo perciò che in giudizio di pagamento di una somma, per cosa venduta, intervenisse un terzo a sostenere che la cosa era sua e chiedesse lui il pagamento o la restituzione, e il venditore, attore pel pagamento, chiamasse alla sua volta in garentia il proprio venditore, avremmo innestata all' azione di pagamento una azione reale di revindica e una garenzia per azione reale. Quale vantaggio si avrà se il conciliatore, invece di decidere circa la sua incompetenza per l'azione dell'interventore e per la garenzia, ed attenersi per la causa principale al disposto degli art. 199 capov. e 204 secondo capov., si indugi a provocare la decisione del pretore?

Quanto alla domanda di compensazione poi ed all' azione in riconvenzione, è chiaro che il conciliatore non debba mai far altro se non attenersi al disposto degli art. 101 e 102 e rinviare le parti, nei casi e per gli effetti dai detti articoli specificati, dinanzi all'autorità competente per l' azione principale e per quella in riconvenzione, o per la compensazione.

Comunque sia di tutto ciò, se pure altro non fosse da aggiungere alle osservazioni fatte, basterebbe, a persuadere che per casi così rari e complicati gli articoli 456 e 458 non hanno proprio ragione d'essere più nel codice, il riflesso che la loro abrogazione (art. 20 della legge 16 giugno 1892) toglie almeno (e non è poca cosa) il già notato inconveniente, per il quale può accadere che la decisione del pretore sulla competenza sia da considerarsi come inappellabile o pronunciata in grado di appello, e quindi suscettibile o non di ricorso per cassazione, secondo che

Rosa Lucia Muscogiuri, Angelico Orsini, Carlo Pagani, ed il Ricevitore del registro di Francavilla Fontana.

Costui produsse appello, ed il tribunale civile di Lecce, con sentenza 5 agosto detto anno, dichiarò inammessibile il gravame, e condannò il Ricevitore alle spese.

Il quale oggi ricorre a questo Supremo Collegio e coll'unico motivo di annullamento sostiene la violazione e la falsa applicazione degli articoli 456, 458, 360, 361 e 517 codice di procedura civile, per avere erroneamente il tribunale ritenuto in controsenso della dottrina e della giureprudenza, che il pronunziato del pretore sulla semplice eccezione d' incompetenza del conciliatore sia sentenza profferita in grado di appello, e non già in prima istanza.

Ma tale censura non ha valore giuridico.

Per fermo l' art. 83 codice di procedura civile, demanda al pretore di pronunziare in grado di appello dalle sentenze dei conciliatori, nei casi previsti agli art. 456, 458 e 459 detto codice.

Le quali disposizioni prevedono tre differenti ipotesi: le prime due si riferiscono alla eccezione d' incompetenza del conciliatore, proposta da una delle parti in giudizio, e che si trova fondata, o meno, ed in entrambi codesti casi quel giudice esprime i motivi del suo avviso, e rimette copia al pretore dell' analoga decisione. La terza ipotesi poi si rapporta al caso che innanzi al conciliatore la eccezione di incompetenza non viene elevata nè dalle parti nè di ufficio, ed allora è dato loro il diritto ad appellare.

Che il testo della legge, abbastanza chiaro, è stato costantemente applicato dalla giureprudenza nel senso che, in siffatti casi, il pretore pronunzia non una sentenza di appello nello stretto senso legale, ma invece una sentenza di primo grado inappellabile, avverso la quale non è consentito ricorrere in cassazione pel disposto degli articoli 123 regol. giudiziario e 517 detto codice di rito civile.

E dal riscontro esatto di tali disposizioni assorge nitido il concetto giuridico che semplicemente nelle materie penali può ricorrersi da una sentenza inappellabile, mentre che nelle materie civili e commerciali non compete ricorso avverso sentenza inappellabile.

Che non può fare ostacolo a siffatta teorica la disposizione dell' art. 481 petto codice disponente che le sentenze di prima istanza sono appellabili, poichè a tale principio generale si contrappone la limitazione dell' articolo 83 per le sentenze dei conciliatori.

Che il concetto del legislatore di non gravare per tempo e per spese i giudizi di conciliazione, ma spingerli sempre colla maggiore economia possibile appare evidente dalla relazione presentata al Re sul riferito codice ove si legge:

---

il conciliatore abbia creduto o non di decidere la questione per conto suo, o si sia o non accorto della sua incompetenza.

E per conchiudere, constato ancora una volta la inconcludenza di una legge, che mette in un simile ginepraio di disquisizioni un povero consigliere del comune, un elettore che paga cento lire di imposte, un ex sindaco, abbiano o non la necessaria capacità generale e tecnica, assumendoli all' uffizio di conciliatore (Vedi su tutto ciò, Galante, *A proposito del progetto Bonasi sulle sezioni di pretura*, Napoli, 1900, pag. 20 e segg. *passim*).

Prof. V. Galante

Il codice deferisce l' appello ai pretori, mentre il progetto lo deferiva al tribunale. Il quale principio fu seguito generalmente ogni qualvolta si è trattato di sottoporre l' autorità del conciliatore all' autorità giudiziaria superiore.

Temevasi forse la rivalità fra i conciliatori e i pretori? Sopra differenze non giustificate dai fatti mal si fondano istituti normali e ragionevoli. Forse si è creduta insufficiente la capacità del pretore a riconoscere la competenza oppure la incompetenza del conciliatore? Ciò contrasta colle attribuzioni che furono conferite al pretore come sue proprie. Del resto ripugna all' indole dei giudizi del conciliatore l' innestare un giudizio di appello formale, solenne, dispendioso, davanti ad un' autorità nel più dei casi lontana.

Laonde non reggendo il motivo, deve il ricorso respingersi.

26 maggio 1903

Pres. ff. SALVATI—P. M. CALENDA (concl. conf.)—Est. CIANCI.
Comune di Roccavivara — Cedronio-Lalli

Ricorso — Più ricorrenti aventi indentico interesse — Unico deposito — Ammessibilità. Cod. di p. c. art. 500, 521.

Ricorso adesivo—Inammessibilità dedotta con la memoria —Ritualità.

Sentenza commutativa di prestazioni — Se ne sia valida la notifica per pubblici proclami — Inappellabilità. Art. 9 L. 8 giugno 1873 e L. 29 giugno 1879.

Più soccumbenti aventi interesse separato — Se possano esser tenuti in solido alle spese. Cod. di p. c. art. 371.

È ammessibile il ricorso di più persone che abbiano interesse comune (coloni inamovibili) con unico deposito di multa.

La inammessibilità del ricorso adesivo non può essere dedotta nella memoria defensionale..

Le sentenze in materia di commutazione di prestazioni sono inappellabili e sono validamente notificate per pubblici proclami, quando ricorrano gli estremi delle leggi 8 giugno 1873 e 29 giugno 1879.

Non può esservi condanna solidale alle spese del giudizio quando l' obbligazione corrente fra i soccumbenti non era solidale.

La Corte — Osserva che con citazione del 12 e 16 dicembre 1884 la signora Marianna Lalli convenne davanti il tribunale civile di Larino molti coloni inamovibili delle diverse zone dei terreni dell'ex-feudo della Badia di S. Maria a Canneto nel territorio di Roccavivara; ed eseguendo la citazione per pubblici proclami giusta le leggi 8 giugno 1873 e 29 giugno 1879 e premessa una breve enunciazione dei titoli e sentenze che le conferivano il diritto al terraggio su quelle terre, chiese che in conformità di dette leggi si commutassero in denaro, le prestazioni dai coloni corrisposte in natura.

Parecchi dei convenuti furono contumaci, ed altri comparsi opposero diverse eccezioni, fra cui la inesistenza del diritto di terraggiare, onde chiesero che in base dell' art. 14 della legge 8 giugno 1873 il tribunale sospendesse il giudizio di commutazione, rinviando la quistione medesima della esistenza o meno del dritto per decidersi con procedimento ordinario o dal tribunale medesimo o dal pretore secondo la rispettiva competenza.

L'adito tribunale, ritenendo che non era applicabile l'invocato art. 14 della legge per esservi già stata precedentemente la contestazione sul dritto al terraggio e risoluta in favore dell'attrice con sentenza 20 novembre 1868 confermata in appello con altra 22 dicembre 1870, con sentenza 20 settembre 1887 dispose, a norma di dette leggi, la perizia per la commutazione, e nominò gli arbitri per le possibili opposizioni contro la perizia medesima.

Tale sentenza venne nel 6 gennaio 1888 notificata ad istanza della Lalli per pubblici proclami a norma sempre delle surriferite leggi del 1873 e 1879.

Eseguita la perizia, l'attrice convenne novellamente per pubblici proclami i coloni per l'omologazione di essa; ed il tribunale con altra sentenza 8 luglio 1896, accogliendo le opposizioni ed eccezioni di alcuni convenuti, omologò nel dippiù la perizia suddetta.

Questa seconda sentenza fu notificata parimenti per pubblici proclami.

Con diversi atti del 1900 e 1901 diversi coloni ed anche il sindaco di Roccavivara produssero appello contro entrambe le surriferite sentenze del tribunale per diversi motivi. E la Corte di appello di Napoli, su analoghe eccezioni della signora Lalli, con sentenza 16-25 maggio 1902, previa riunione delle cause, dichiarò inammessibili, perchè proposti fuori termine, gli appelli contro la prima sentenza del tribunale del 1887, ed improponibile l'appello contro la seconda sentenza del 1896 perchè questa inappellabile a norma delle surriferite leggi, condannando in solido tutti gli appellanti alle spese di seconda istanza.

Contro tale sentenza della Corte di appello con atto 30 ottobre 1902 produssero ricorso per cassazione 67 coloni, deducendo 5 motivi di annullamento.

Di tale ricorso la signora Lalli, mercè controricorso il 27 dicembre 1902, dedusse in rito l'inammessibilità perchè preceduto da un solo deposito, ed in merito il rigetto.

Ed allora, forse per premunirsi contro l'eccezione d'inammessibilità, e visto che la sentenza impugnata non era stata ancora notificata, cinque coloni, cioè Nicola Maria Cerulli, Nicola Natalizia, Carmine d'Elisa, Angelo Rago ed Angelomichele Tupilli, previa esibizione di cinque depositi, nel 5 marzo corrente anno produssero ricorso, al quale poi con atto 25 detto mese di marzo fecero adesione tutti quei ricorrenti principali del 30 ottobre 1902. Oggi quindi questo Supremo Collegio è investito della cognizione e definizione del ricorso principale 30 ottobre 1902, del secondo ricorso principale 5 marzo 1903 e del ricorso adesivo del 25 dello stesso mese ed anno.

Osserva di non essere suffragate da buone ragioni le due eccezioni d'inammessibilità dalla signora Lalli opposte col controricorso al ricorso principale del 30 ottobre 1901 e con la difesa a stampa al ricorso adesivo del 25 marzo 1903. Non quella al ricorso 30 ottobre 1902 per mancanza di sessantasette depositi quanti appunto sono i ricorrenti, perchè, se da un canto è indubitato che per gli art. 500 e 521 del codice di procedura civile più persone possono produrre ricorso mediante un solo deposito solo quando esse abbiano lo stesso interesse, non è men vero dall'altro che tutti i ricorrenti del 30 ottobre 1902 coi cinque mezzi di annullamento, comuni a tutti, hanno appunto l'unico interesse di far cassare la sentenza impugnata all'unico e solo obbietto di fare poi, in grado di rinvio, esaminare in merito i loro appelli, con la sentenza impugnata

dichiarati inammessibili ed improponibili. Non quella al ricorso adesivo del 25 marzo 1903, perchè quivi l'interesse è certamente comune giusta gli art. 36 e 529 del codice di procedura civile, ed inoltre la relativa eccezione contro il ricorso adesivo non è stata proposta con controricorso ma bensì con la memoria a stampa.

Osserva che eliminate le suddette eccezioni d'inammessibilità, e venendo perciò allo esame del merito, i due ricorsi principali, che sono in tutto eguali, anzi quello del 5 marzo 1902 non è che copia dell'altro 30 ottobre 1902, ed il ricorso adesivo 25 marzo 1903 contengono cinque motivi di annullamento, i quali dai ricorrenti medesimi, alla fine di ciascuno di essi, sono riassunti nel seguente modo:

1.° motivo. (*Omissis*).

2.° motivo — Violazione di altre designate disposizione di legge, perchè le notificazioni della sentenza del tribunale del 1887 non potevano essere fatte per pubblici proclami e quindi sono nulle e non poteavi perciò essere decorrenza di termine per appellare.

3.° motivo. (*Omissis*).

4.° motivo — Violazione di altre singole disposizioni di legge, per essersi ritenuta inappellabile la sentenza del tribunale del 1896.

5.° ed ultimo motivo — Violazione degli art. 18 della legge 8 giugno 1873, 360, 361, 371 e 517 del codice di procedura civile, perchè non solo le spese vanno per metà a carico del debitore e metà a carico della creditrice, ma esula altresì qualsiasi obbligo solidale. (*Omissis*).

Osserva che parimenti infondato è il secondo mezzo. E di fatti, giova innanzi tutto notare che la Corte di appello avendo dichiarato improponibile l'appello contro la seconda sentenza del 1896 ritenendola ineppellabile, non si è occupata nè dovea occuparsi della nullità o meno delle notificazioni di essa per pubblici proclami. Si occupò invece e discusse della nullità o meno delle notificazioni per pubblici proclami della prima sentenza del 1887, ritenendo a ragione che l'eccezione d'inammessibilità proposta dalla Lalli per decorrenza dei termini fosse pregiudiziale ed assorbente l'altra dell'appellabilità o meno della stessa. Data in in ipotesi (non ammessa, ma condannata dalla corte) che quella sentenza del 1887 fosse appellabile per avere risolute alcune quistioni di merito, ritenne la corte medesima che gli appelli contro quella sentenza erano fuori termine, perchè legalmente notificata per pubblici proclami.

La quistione perciò proposta col secondo motivo va circoscritta unicamente alla nullità o meno della notificazione della sentenza del 1887; e la corte di merito si uniformò perfettamente alla legge dichiarando che quella notifica era stata legalmente eseguita per pubblici proclami giusta il disposto dell'art. 9 della legge 8 giugno 1873, modificato con la legge posteriore del 29 giugno 1879, la quale prescrive che le stesse norme della citazione — vale a dire per pubblici proclami quando il numero dei convenuti ecceda i trenta — saranno applicate alla notificazione della sentenza.

Non giova venire qui invocando l'art. 14 della legge del 1873, secondo il quale il giudizio sulla contestazione del dritto alla prestazione va deciso con procedimento ordinario; per la semplice quanto perentoria ragione, già superiormente notata, che, da una parte, la sentenza del 1887 non provvedè nè poteva

provvedere sul diritto alle reclamate prestazioni, e dall'altra non vi fu rinvio, non poteva esservi quindi applicazione del procedimento ordinario, ed i provvedimenti emessi furono circoscritti all'indole della proposta azione, cioè commutazione delle prestazioni, disponendosi all' uopo la perizia ed il rinvio davanti gli arbitri. (*Omissis*).

Osserva che anche infondato risulta il quarto motivo, con cui pretendesi sostenere l'appellabilità della sentenza del 1896. Basta dare uno sguardo al dispositivo di quella sentenza per concludere, come è stato giustamente notato della difesa della resistente, che essa costituisce una sentenza tipica in tema di commutazione, perchè, risolute alcune quistioni, tutte a favore dei coloni che non se ne potrebbero perciò dolere, omologò nel dippiù la perizia eseguita contro la quale nessuna osservazione fu fatta nel termine di legge, onde non fu possibile nemmeno il rinvio davanti agli arbitri. Se questo e non altro è il contenuto della sentenza del 1896, e se l'art. 29 della legge 8 giugno 1873 prescrive che sono inappellabili le sentenze del Tribunale in tutte le questioni relative alla liquidazione e commutazione delle prestazioni, non v' è chi non vegga come giustamente la Corte di Appello abbia dichiarato inappellabile quella sentenza ed improponibile quindi il relativo gravame.

Osserva che in quanto al quinto ed ultimo mezzo occorre distinguerne due parti. La prima, che si riferisce alla violazione dell'art. 18 della legge 8 giugno 1873, è affatto insussistente, perchè il citato articolo dispone invece che per le spese del giudizio derivanti dalla contradizione alla liquidazione si osserveranno le disposizioni del codice di procedura civile. E queste disposizioni applicò appunto non solo la Corte di appello in vista della totale soccumbenza degli appellanti ed in applicazione dell' art. 370 del codice di procedura civile, ma altresì il tribunale con la sentenza del 1896, con la quale i coloni furono condannati alla metà delle spese, compensandosi l'altra metà, non già in applicazione dell' art. 18 di detta legge, ma per la parziale soccumbenza della creditrice in applicazione dell'art. 370 del codice di procedura civile. La Corte di appello quindi condannando tutti i coloni alle intere spese del giudizio di appello non solo applicò rettamente la legge, ma emise altresì un provvedimento che non può andare soggetto a censura in applicazione dell' art. 37 del codice di procedura civile.

Non è così però per la seconda parte del quinto mezzo che riguarda la violalazione dell'art. 371 del codice di procedura civile. Prescrive esso, di fatti, che quando le parti soccumbenti siano più, le spese si ripartiscono fra esse per capi o in ragione del loro interesse della causa; e soggiunge che se le parti siano condannate per obbligazione solidale, ciascuna può essere dichiarata tenuta alle spese solidalmente.

Condizione fondamentale adunque per la condanna solidale alle spese è quella della condanna di più persone per una obbligazione solidale, seguendo in tal caso l'accessorio il principale. Ma nel caso concreto non solo mancava la condanna per una obbligazione solidale, la quale non poteva di certo sorgere dalla semplice unione di più persone prescritta dall' art. 6 della legge 8 luglio 1873, ma veniva altresì esclusa dalla sentenza di condanna del 1896 ed è pure esclusa dal surriferito articolo 18 della legge suddetta. Laonde la Corte di appello giudicò bene ed incensurabilmente condannando gli appellanti a tutte le spese di seconda

istanza, ma giudicò male condannandoli *solidalmente* alle spese medesime; e per questa sola condanna solidale va accolto il quinto mezzo, cassata la sentenza impugnata, e rinviata la causa per nuovo esame su quest' ultima quistione della condanna solidale. (*Omissis*). Per queste ragioni. La Corte cassa ecc.

18 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. MASCOLO
Fondo Culto — Fiore, Falcone e de Angelis

Pignoramento presso terzi — Omessa dichiarazione dei precedenti pignoramenti — Responsabilità del terzo. Cod. di proc. civ. art. 613.

Il terzo presso cui siasi praticato pignoramento a danno del suo creditore è responsabile della omissione della dichiarazione dei pignoramenti già fatti presso di lui.

Che per vero efficace e poderosa è la terza ragione dell' Amministrazione.

Per fermo l'art. 613 C. di p. c., fra gli altri obblighi, ingiunge al terzo pegnorato di enunciare nella sua dichiarazione di quantità qualunque pegnoramento sequestro e opposizione precedentemente fatto presso di lui, indicando le generalità e i domicilii di questi pegnoranti sequestranti e opponenti, non che i loro titoli esecutivi.

E ciò a duplice scopo, sia per mettere in grado il creditore procedente di potere notificare il suo atto di pignoramento agli altri pegnoranti sequestranti e opponenti, sia per evitare lo sconcio che si è nel caso in esame verificato, che le somme staggite si attribuissero al primo creditore con evidente pregiudizio degli altri.

Questo concetto legislativo è rifermato dall' art. 1224 C. C. che sanziona, che il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, non ostante sequestro, od atto legale di opposizione, non è valido rispetto ai creditori sequestranti o opponenti, i quali lo possono costringere a pagare di nuovo per ciò che riguarda le loro ragioni.

Il principio che il terzo pegnorato paga bene al creditore che ha avuto attribuita la somma è vero sempre che fino all'atto di assegnazione, che equivale cessione, non sopraggiungano altri pegnoramenti o sequestri. Ma non è poi così nel caso contrario, poichè gl'impedimenti legalmente imposti a tempo debito, non possono esser distrutti o rimanere inani dal fatto del primo creditore che riportò l' assegnazione della somma.

La parità di condizione giuridica dei pegnoranti e sequestranti, rende il terzo pegnorato depositario delle somme, e responsabile in tale qualità verso tutti costoro, giusta il disposto dell'art. 612 detto Codice di rito civile

Che il tribunale di Lucera, mentre ritiene l'obbligo nel terzo pegnorato di dover palesare nella sua dichiarazione di quantità i precedenti pignoramenti e sequestri, si contraddice poi nel conchiudere che veruna legge l'obbliga in caso di omissione a doppio pagamento.

Questo suo giudizio è illogico ed esiziale nel contempo, poichè ad un precetto tassativo di legge nega la sua legittima conseguenza, e perchè ad un danno volontariamente arrecato non appresta opportuno rimedio.

La dottrina vecchia e nuova in base dei testi di legge, non ha menoma-

mente dubitato della responsabilità del terzo pignorato, che trascura di indicare i precedenti pegnoramenti o sequestri, d'indennizzare i danni dal fatto proprio cagionati.

Che per le esposte ragioni se Falcone e Fiore caddero in tale oscitanza, sia quando resero la loro dichiarazione di quantità, sia quando la Ditta Friedmann chiese contro di loro l'attribuzione della somma, debbono rivalere l'Amministrazione Fondo Culto di ciò che le sarebbe spettato sul credito che vanta, ove per avventura le somme staggite si fossero assegnate per contributo.

Reggendo quindi per questo verso il motivo spiegato, deve il ricorso accogliersi.

Per questi motivi — La Corte cassa e rinvia ecc.

27 marzo 1903

Pres. ff. ed est. Loffredo — P. M. Mancini (concl. diff.)
Saraceno — Condello

Competenza civile — Impugnativa di simulazione del titolo prodotto dal terzo revindicante di oggetti pegnorati, in prova della sua domanda in separazione — Valore della causa. Cod. proc. civ. art. 75 n. 2.

Impugnato di simulazione e di frode dal creditore pignorante il titolo prodotto dal terzo che reclama la proprietà dei mobili pegnorati, in prova della sua domanda, il valore della causa, essendo indeclinabile la decisione sulla efficacia del titolo suddetto, si desume dal valore di questo e non solo dal valore dei mobili controversi (1).

Impugnato il titolo, mercè il quale degli oggetti pignorati sia dal terzo reclamata la proprietà, è da quello dei detti mobili che, allo effetto della competenza, puossi determinare il valore della causa, quando indeclinabile è

---

(1) Quistione tutt' altro che pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza. In senso favorevole alla presente sentenza si consulti: cass. Palermo, 18 luglio 1893 *Giurispr. it.* 1894, I, 1, 64, ed in senso contrario: cass. Firenze, 18 giugno 1888 *Giurispr.* 1888. p. 497; Cass. Roma, 6 Dicembre 1897, *Giurispr. it.* 1898, I, 1, 124. Secondo queste due sentenze l'azione di revindicazione di mobili pegnorati o sequestrati è sempre di competenza del pretore, se il valore di questi mobili non sia superiore alle lire 1500: ciò anche quando i contratti, invocati dal revindicante, e volgenti sopra oggetti i quali complessivamente presentano un valore eccedente le lire 1500, vengano impugnati dal pignorante o sequestrante.

Fra gli scrittori accettano, per diverso ordine di motivi, queste decisioni il Mattirolo (*Dir. Giudiz. civ.* I, ediz. 4ª n. 225, pag. 199 in nota) ed il De Palo (in *Giurispr. it.* 1898 I. 1, 271). Critica invece acutamente la sentenza della corte di cassaz. di Roma il Petrone (*Appunti di procedura civile,* Vasto 1903, pag. 29 e segg). Ed una assai autorevole soluzione propria dà il Mortara (*Comment.* II, n. 95, pag. 137 e segg. in nota). Secondo questo scrittore, come non si può negare al creditore la facoltà di restringere l'impugnazione ad alcuni degli oggetti a cui il titolo controverso si riferisce, così non gli si può negare l'altra di estenderla *a tutto il titolo,* quando gli oggetti pegnorati da lui, e di cui il terzo pretende la separazione, sieno solo *una parte* di quelli compresi nel titolo.

la cognizione dell'efficacia del titolo, e questo di valore, eccedente la competenza del Pretore, sia inscindibile?

Ha considerato, che ragione di esaminare la quistione qui enunciata dà il ricorso che dal Parroco di Territi, signor Vincenzo Saraceno, è proposto avverso la sentenza la quale nella lite vertente con Antonio Condello fu emessa

---

Certo è che il principio più sicuro per determinare il foro competente a conoscere del reclamo di proprietà degli oggetti pegnorati promosso dal terzo, nel caso d'impugnativa del titolo sul quale il reclamo stesso si fonda, è quello di aver riguardo agli effetti della sentenza che deve pronunziare sulla istanza di separazione; perchè, se tali effetti saranno circoscritti agli oggetti reclamati, il criterio per determinare la competenza va desunto dall'art. 75 n. 2 c. p. c., mentre se la sentenza stessa esercita autorità di giudicato anche sul titolo impugnato e questo concerne beni che hanno un valore superiore a quello degli oggetti per cui l'istanza di separazione è proposta, è questo ultimo valore che fornisce il criterio della competenza.

Si appone al vero la corte napoletana quando afferma essere inscindibile la controvorsia degli oggetti revindicati da quella della donazione, che costituendo il titolo del proposto reclamo, veniva impugnata come simulata e fatta in frode dei creditori. L'eccezione di simulazione è per sua natura indivisibile ed investe tutto l'atto giuridico contro cui vien diretta. Sarebbe almeno strano che il giudice potesse dichiarare inesistente un negozio giuridico, ritenendo p. es. esser mancata la determinazione della volontà delle parti contraenti (simulazione assoluta), e respingere l'avanzato reclamo di proprietà, mentre poi, sollevandosi in un posteriore giudizio e fra le stesse parti l'identica questione rispetto ad altri mobili contenuti nell'atto stesso, gli fosse lecito dir questo valido ed efficace.

La cassazione di Roma, come quella di Firenze, nelle sentenze più sopra citate, credono che l'art. 75 stabilisca una competenza esclusiva del pretore nelle azioni di reclamo di proprietà, quando il valore degli oggetti reclamati non ecceda le lire 1500. Invece l'art. 75, al pari del successivo art. 80, ha il solo scopo di determinare il criterio originario in base al quale deve valutarsi la competenza, senza tener conto dei mutamenti cui possano dar luogo le controversie sollevate dal convenuto nel corso della domanda giudiziale. O bisogna sostenere che nel nostro sistema legislativo il giudice dell'azione sia sempre competente a conoscere di tutte le eccezioni proposte, o convincersi che, se ciò non è consentito in tutti i casi, l'eccezione di simulazione sia capace di mutare la competenza. D'altra parte, non dissimile dal caso in esame, è quello regolato dall'art. 102 c. p. c., per cui i conciliatori ed i pretori conoscono della eccezione di compensazione soltanto quando il valore del credito opposto in compensazione non ecceda i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desuma da credito non impugnato. La quale norma sta in perfetta coerenza col precedente art. 72.

Neppure ha valore il dire che, essendo la eccezione di simulazione diretta a dimostrare la inesistenza del negozio giuridico per assoluta mancanza della determinazione della volontà, si concreta, in quanto alla competenza, sugli oggetti sui quali è pretesa di separazione, perchè per la parte per cui non v'è pretesa, non può esservi azione di annullamento, non essendo annullabile ciò che è zero, e mancando in ogni caso l'interesse, il quale, come è misura dell'azione, lo è anche dell'eccezione (De Palo loc. cit.). A parte il riflesso che l'interesse, se può essere limitato nei rapporti del creditore, ha una più ampia portata nei riguardi del terzo reclamante e del debitore, che pure interviene nel giudizio, il legame fra gli

dal Tribunale di Reggio Calabria a dì 12 marzo 1901 in appello da quella del Pretore locale del 12 marzo 1900. Che nel pignoramento di mobili ed estagli stato eseguito pel pagamento di lire 200 dal Saraceno in danno del debitore Domenico Condello, essendosi il costui figlio Antonino fatto a reclamare la proprietà tanto dei mobili quanto degli immobili attinenti ai detti estagli in base a donazione del patrimonio paterno fattagli con istrumento del 16 giugno 1897, ed essendo stata impugnata la donazione come simulata e fatta in frode dei creditori, di qui la quistione di vedere, se è dal valore degli oggetti reclamati che desumere si debba il valore della causa, laddove sia inscindibile la controversia del titolo dal reclamante invocato; e se della controversa donazione suddetta abbia quindi il Pretore potuto conoscere competentemente per valore, e censurabile sia perciò il Tribunale che ne ha conosciuto in appello, non guardando se la norma di competenza non riuscisse perciò violata.

---

oggetti reclamati e il titolo in base al quale si reclamano è così stretto che non puossi dallo stesso prescindere, ma occorre statuire sulla sua esistenza e validità.

Si è pure dallo stesso De Palo (loc. cit.) osservato che l' impugnativa di simulazione non può dar luogo allo esercizio di una vera e propria azione, almeno nei casi in cui l'atto simulato non sia stato già eseguito, non potendosi formalmente impugnare ciò che non esiste; e perciò essa, quando sia proposta dal convenuto, più che una eccezione, deve riguardarsi come una semplice difesa negativa « una negazione assoluta diretta ad impedire che produca effetto alcuno ciò che non esiste »: donde la conseguenza che nessuno spostamento di competenza è possibile, perchè la semplice difesa negativa non esce mai dai limiti nei quali è circoscritta l'azione. Ma il principio non è giuridicamente esatto e la conseguenza lo è meno. Altro è dire che l'azione di simulazione non esiste, ed altro che essa non può sorgere quando l'atto simulato non è stato ancora eseguito. Dalla simulazione nasce una vera e propria azione, non prima però che si appalesi l'esistenza fittizia dell'atto simulato, mettendolo in esecuzione; perchè soltanto allora esso diventa una quantità positiva, capace di turbare i diritti altrui. Proposta in via di eccezione riveste i caratteri di una vera e propria eccezione riconvenzionale, e non di una semplice difesa negativa. Questa si limita a disconoscere in tutto o in parte l'atto giuridico che serve di fondamento all' azione e non obbliga il convenuto a far la prova della sua negazione, mentre l'eccezione di simulazione non tende ad impugnare *sic et simpliciter* il diritto dell'attore, bensì a dimostrarlo infondato, richiamando l'attenzione del giudice sopra un determinato ordine di fatti, i quali, accertati che siano, producono la conseguenza logica di stabilire la mancanza di diritto dell'attore, e perciò obbliga chi la propone a farne la prova pel noto aforisma « *onus probandi incumbit ei qui dicit* ».

Quanto si è detto sinora vale anche contro chi sostiene che l' influenza modificatrice della competenza si verifichi oppur no a seconda che il creditore limiti l'eccezione di simulazione agli oggetti pignorati o la estenda a tutto il titolo (Mortara *Comm.* Vol. II. fasc. 24 n. 95 in nota); perchè o si ritiene che basti ai fini della decisione una cognizione incidentale del titolo impugnato, ed allora non vi è mai spostamento della competenza, oppure l'esame regolare dello stesso è indispensabile, ed in tal caso una distinzione siffatta porterebbe a riconoscere che una delle parti contendenti, circoscrivendo arbitrariamente la portata della sua eccezione, possa effettuare una proroga della giurisdizione e derogare alle norme inviolabili della competenza assoluta. Avv. Domenico Cortesani

Or devesi riconoscere non essere la detta sentenza denunziata a torto, stante che inscindibile degli oggetti revindicati è la controversia da quella della donazione su indicata, ed è indubitato che il valore di ouesta esorbita dalla competenza del Pretore.

Indarno, a schermo della non elevata incompetenza del Pretore, credesi fare appello all'art. 75 n. 2 c. p. c. che nelle controversie circa il reclamo delle cose pignorate vuole che il valore della causa si determini da quello degli oggetti controversi, e designare intanto come controversi i mobili soltanto.

La qui enunciata disposizione non costituisce certo una deroga alla norma fondamentale della competenza per ragione di valore, ch'è dettata nell' art. 71 precedente. E quindi se del terzo è messo in controversia il diritto al reclamo, niegandosi efficacia al titolo che n'è fondamento, diviene chiaro che valore controverso è quello del titolo impugnato, per tanto essendo controversi gli oggetti reclamati, in quanto è nella impugnativa del titolo che la controversia si sustanzia; e ciò per la ragione stessa per la quale l'art. 72 dettando che il valore della causa si determina dalla domanda, tiene a soggiungere che quando si dimandi una somma che sia parte e non residuo di una maggiore obbligazione, debbasi il valore desumere dall'obbligazione intera, se questa è controversa.

Che d'altra parte il valore della donazione in controversia ecceda di gran lunga il limite prefisso alla competenza del Pretore non è dubbio.

La donazione, di cui è parte quanto il donatario è venuto reclamando, comprende l'intero patrimonio del debitore pignorato, mobiliare ed immobiliare. Or cotesto patrimonio lo stesso Tribunale non à esitato a qualificarlo vistoso; e che tale sia, ponendo anche da canto il relativo istrumento prementovato, perchè non esibito a tempo dal ricorrente, s'induce dai pignoramenti del 23 e 28 novembre 1899, ai quali il reclamo si riferisce. E rilevato tutto ciò, la incompetenza del Pretore a giudicare della efficacia di detta donazione risultava manifesta, come indeclinabile era per lui il debito, ordinando la sospensione della vendita, come fece, di rimettere le parti a udienza fissa avanti il Tribunale competente, in applicazione dell' art. 647 c. p. c. Non avendo ciò fatto il Pretore, non avrebbe potuto esimersi dal farlo il Tribunale stato adito in appello, tanto più che la eccezione relativa era stata dedotta. Trattandosi d'incompetenza per ragione di valore, che puote essere proposta in qualunque stato e grado della causa, doveva esso pronunziarla anche di uffizio, giusta l' art. 187 cod. cit.

Giudicando invece, con funzione di giudice di appello, del merito della controversia, esso fece suo l'errore del Pretore di violare la norma di competenza. Onde la errata applicazione dell' art. 75 n. 2 e la violazione degli articoli 71,187 e 647 Cod. proc. civ.; e quindi la ragione di accogliere il primo motivo, di cassare perciò la denunziata sentenza, non accadendo di far esame dell'altro motivo di ricorso, e di dovere rimandare la causa al Tribunale medesimo, onde ne giudichi in prima istanza con provvedere anche in quanto alle spese del presente giudizio di cassazione: e intanto è mestieri sia restituito il deposito giusta gli art. 542 e 544 cod. cit.

Per tali motivi, accoglie ecc.

20 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. ROMANO (concl. contr.) — Est. MASCOLO
Fisco — Petrarca

Condominio pro diviso — Facoltà nel condomino di apportare miglioramenti alla sua proprietà Cod. civ. art. 561, 574, 585 e 583.

Il condomino di una proprietà comune pro diviso *può apportarvi tutti quei miglioramenti che non danneggino la proprietà degli altri condomini.*

Osserva in dritto — Che nel condominio *pro diviso* di un fabbricato, quando ogni piano si appartiene ad un proprietario, questi è padrone delle mura che lo circondano, e può in esse migliorare la sua proprietà purchè non apporti danno ai condomini degli altri piani. Questi principii, ribaditi dagli articoli 561, 574, 587 e 588 codice civile, sono stati sempre mai adottati da questo Supremo Collegio.

Che nella specie il ricorrente, come proprietario del pianterreno, è proprietario eziandio delle mura che lo cingono, e quindi poteva aprire in esse quelle luci che gli abbisognavano per illuminare il suo compreso, ed alla signora Petrarca non era lecito di ostruire una di quelle luci senza infrangere la legge. Nè giova invocare la inutilità di quel finestrino, la possibilità di sostituirlo con maggiore vantaggio nella parte opposta della proprietà Fisco, e la necessità di ricostruire la scala diversamente, giacchè tutte queste ragioni non possono legittimare la evidente violazione apportata all'esercizio del diritto didominio.

È vero che la scala per accedere alla stanza della signora Petrarca si dovea ricostruire addossandosi al muro della proprietà Fisco, per diritto acquistato anticamente, e di cui non disputano le parti contendenti; però la rifazione della scala scoverta dovea eseguirsi nell'antico modo per quanto era possibile, oppure nella maniera che si è fatta, senza alterazione di misura, e rispettando sempre le luci esistenti nel compreso del signor Fisco.

Che avendo il Tribunale smarrita la dritta via e sconosciuto i veri principii che regolano il condominio pro diviso deve il ricorso accogliersi.

18 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CAMMAROTA (concl. conf.) — Est. MASCOLO
Micillo — Rinaldi e Chianese

Simulazione — Eccezione del creditore apparente di aver pagato il creditore reale — Controscrittura come principio di prova di tale eccezione. Cod. p. c. art. 517.

Allorchè il creditore apparente deduce di aver versato al creditore reale la somma riscossa per conto di costui, è principio di prova di tale eccezione la controscrittura del creditore apparente (1).

Di vero la simulazione circa il nome del vero mutuante nel prestito fatto al Comune di Villaricca col riferito istrumento di luglio 1876, che era cioè Federico Chianese e non già Lorenzo Micillo che figurava intestatario, non

(1) Dove si vede come qualmente accada che la Corte di Cassazione si tramuti in giudice di merito.

aveva bisogno di prova assorgendo questa in modo schiacciante dalla controdichiarazione rilasciata al Chianese, il quale se ne era giovato per la propria difesa nel giudizio presente e pel principio che *quod produco non reprobo*, era altro che semplice scritto partente da colui contro cui la prova per testimoni si richiedeva.

Che il fatto unico e solo che caleva agli eredi Micillo di giustificare, era limitato a chi avesse realmente riscosse le somme, ogni qualvolta il Municipio di Villaricca, di cui era consigliere Chianese, emetteva i mandati di pagamento; al quale fatto non facevano ostacolo la intestazione e la firma di Micillo ad ogni mandato, poichè rimpetto al Municipio la cosa non poteva procedere diversamente.

Per lo contrario nel rapporto del Chianese che per la sua qualità di Consigliere comunale aveva dato vita e movimento a quella finzione, e si era fornito di una regolare controscrittura tutta a suo vantaggio, apparivano a colpo d' occhio la verosimiglianza e credibilità che Micillo avesse firmati i mandati, e Chianese poi riscuotesse direttamente dal tesoriere le somme, concetto avvalorato pure dalla deliberazione di marzo 1880, onde fu disposta la restituzione del mutuo, e nella quale Chianese intervenne; e non è concepibile che egli si fosse rimasto colle braccia al sen conserte, avesse data libertà di azione al prestanome Micillo di esigersi quel forte capitale di esclusiva sua spettanza, senza avvalersi della rigorosa contro-scrittura per lo periodo di venticinque anni.

Che la Corte di merito adunque è censurabile per difetto di discussione.

Che senza ponderare i titoli come doveva ha negato la esistenza del principio di prova scritta mentre che questo splendeva di luce meridiana, ed ha pronunziato contro le note massime *veritatem spectamus non quod quis finxit. Plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur.*

(Omissis) — Per questi motivi — La Corte cassa e rinvia.

25 aprile 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CALENDA (concl. contr.) — Est. CIANCI DI LEO SANSEVERINO

Rossi — Cava

Impiegato privato — Stipendio — Impegnorabilità. Cod. proc. civ. art. 583, 613.

Non sono sequestrabili gli stipendii futuri degl'impiegati privati (1).

Considerando che questo Supremo Collegio intorno alla quistione proposta già disse che bisogna distinguere la locazione delle opere, rivestita di tutta

(1) La specialità di fatto cui si accenna nella motivazione della riportata sentenza giustifica l'esattezza della massima adottata. Messa astrattamente la questione, le ragioni esposte nella sentenza con encomiabile chiarezza lasciano perplessi sulla loro efficacia. E non è nemmeno a trascurare la circostanza che la decisione è in difformità delle conclusioni date dal rappresentante del P. M.

Per i precedenti della quistione vedasi negli stessi sensi la sentenza della stessa

la solennità delle forme proprie di stipulazione naturale ed i contratti di lavoro, rispetto ad operai giornalieri od a mese: nel primo caso i diritti e gli obblighi delle parti sono determinati alla stessa guisa con cui si fissa la durata dei servizi a prestarsi; negli altri casi invece l' operaio ed il padrone, nel fissare la mercede, non pensano al giorno, in cui il contratto deve cessare, rinnovandosi così a mese, come nel caso concreto, o a settimane e giorni secondo i vicendevoli bisogni. In siffatta ipotesi lo accordo che precede la prestazione dell'opera, siccome riguarda soltanto la misura del salario, così ne segue, che tanto il padrone ossia il conduttore, quanto il locatore dell' opera non sentono l'obbligo di mantenere vivo il contratto per un periodo determinato.

Sventuratamente in queste provincie non ancora abbiamo uno sviluppo così ampio, ed una costituzione economica dell' industria così forte, che al contratto di lavoro, nelle condizioni attuali, si possa imprimere un qualsiasi carattere di stabilità per conveniente durata e rinnovazione, in guisa da conciliare gli opposti interessi fra lo intraprenditore e l' operaio, fra il capitale e la mano d'opera. Questa soluzione del problema è fallita anche in paesi nei quali la industria si svolge senza paragone con vita assai più prospera che presso di noi, come è fallita nei paesi, dove in seno agli stessi operai è venuta man mano formandosi una specie di borghesia, cioè quella dei qualificati, che hanno i salarii più alti e più stabili, di fronte agli umili necessari cioè manuali ed avventizi meno pagati, le cui famiglie son condannate a vivere in modo assai deplorevole anche dal lato igienico e morale, e sono veramente, come dicono le sacre carte, i *più poveri dei poveri*. Per queste ragioni appunto il Supremo Collegio, ponendo a calcolo le difficoltà grandi, che s'incontrano nel disciplinare il contratto di lavoro, già decise nella causa Tabacchini contro Isaia (3 dicembre 1900) e Sabino contro Del Deo (16 gennaio 1903) ed in altre precedenti, che lo stipendio futuro costituisce una semplice aspettativa o possibilità di lucro, che non può formare materia di pignoramento presso terzi. Perocchè in questo procedimento di esecuzione, siccome il creditore non agisce *iure proprio*, ma per diritto inerente al suo debitore, cui si sostituisce, così deve rivolgersi contro chi direttamente, e non per calcoli di semplici probabilità, possa reputarsi debitore del suo debitore.

Considerando esser pur vero in diritto che l' assegnazione di somme ai terzi pignoranti, relativamente ad una locazione di opere, può procedere altresì per pensioni mensili a scadere; ma in casi siffatti la sentenza ha per implicito necessario questa duplice condizione: 1.° Che alla locazione non manchi il carattere di continuità per un determinato tratto di tempo, e non venga meno per una causa legittima; 2.° che il debitore pignorato ad ogni scadenza abbia il diritto a percepire il salario o mercede contro di lui staggito.

Cassazione, citata nel testo del 1900, riportata nel *Foro Italiano* (1901 I, 18) e l'altra del 5 settembre 1899 (*Filangieri* 1900-128).

La decisione pur essa citata del 16 gennaio corr. anno è inedita.

Decisero per la pignorabilità dei salarii la Corte di Appello di Roma il 4 luglio 1899 (*Temi romana* 1899-412) e la Cassazione di Palermo il 9 settembre 1893 (*Foro It.* 1893 I, 204 con nota di richiami).

Difatto, ponendosi mente che in simili contingenze la pronuncia del magistrato non è semplicemente dichiarativa, ma attribuitiva, sembra ripugnante alla logica, che essa abbia virtù di trasportare nel creditore pignorante la proprietà alle ragioni assegnate, ossia un diritto che non ha il debitore pignorato.

Cotesto assurdo appare più evidente al pensare che il primo non è che un avente causa dell'altro, perchè il creditore che agisce contro il debitore del suo debitore *utendo iuribus* di costui, ne assume la veste di mandatario legale *quod creditor egit pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset,* ed il mandato non può esistere senza l'oggetto.

Trattandosi in vero di cessione coatta, la quale viensi operando per fatto del magistrato, mediante la sentenza di assegnazione, in virtù del principio *debitor debitoris mei debitor meus est,* sembra illogico che, non esistendo nemmeno la *spes crediti* nel debitore pignorato verso il terzo, possa costui esser costituito custode giudiziario di somme non realizzabili per nessuna guisa contro la sua persona. Insomma il Tribunale non distinse che la esigibilità futura ed eventuale d'una somma sul fondamento di un diritto o di un credito qualsiasi è ben diversa cosa dall'ipotesi di un diritto o d'un credito, che può esistere soltanto nella mente del creditore senza causa efficiente, onde la *spes crediti* del suo debitore possa facilmente avverarsi. Nel caso concreto la Società delle Acque di Serino, terza pignorataria, dichiarò esplicitamente che non aveva somme a disposizione del debitore principale signor Rossi anzi era creditrice di lire 40 anticipategli, oltre le spese giudiziali, anticipazione e spese che in realtà furono aggiudicate alla stessa dal Pretore, come risulta dalla parte storica della denunciata sentenza, ed aggiunse testualmente che la retribuzione mensile di lire 115,00 essa corrispondeva al Rossi *fin quando le fosse piaciuto di tenerlo al suo servizio,* onde non era vincolata da nessun obbligo verso di lui nel mese successivo alla dichiarazione.

Considerando che sulla importanza di tale dichiarazione è necessario avvertire che la legge, nell'intento di conferire la massima efficacia e serietà a questa specie di giudizii, richiede lo intervento del terzo, perchè trattandosi di *somme dovute,* ne dichiari la causa, il montare di esse, il tempo della esigibilità e se siano libere di vincoli etc. (art. 613).

Or se la Società pignorataria aveva pienamente il diritto d'impegnare qualsiasi questione col creditore procedente Sig. Cava, sulla inesistenza, entità della obbligazione e sopra ogni estremo del rapporto giuridico fra lei ed il debitore principale, deducendo le sue difese nel modo più ampio, come se fosse stata da colui convenuta in giudizio con la pretesa del pagamento dei salarii; se la controversia sul merito doveva esser decisa, per maggiore garenzia della Società, dal magistrato adito, giusta l'art. 616; se la dichiarazione di essa come appare dalla sentenza non fu oppugnata dallo istante, sig. Cava; ciascun vede che il Tribunale cadde in una petizione di principio nel pretendere dalla Società pignorataria, o dal debitore pignorato la prova, che, nell'atto di esecuzione forzata, mancasse la obbligazione di continuare il contratto di lavoro nei mesi successivi al pignoramento. Appena occorre dire che il Tribunale in questo punto della sentenza violò il principio di ragione che informa sin dai tempi più remoti il sistema delle prove in virtù del quale chi dimanda la esecuzione d'una obbligazione deve provarla:

art. 1312 Cod. civ. 1219 LL. CC. ab.; 1315 Cod. nap.; L. 1. C. de *probationibus* e L. 4. C. *de edendo*.

Aggiungasi che, non trattandosi di credito condizionale, come erroneamente suppone il magistrato di appello, giacchè è nulla la obbligazione contratta sotto condizione dipendente dalla volontà dell'obbligato e non trattandosi di credito futuro d'indole alienabile, che, come ogni ente patrimoniale, può esser soggetto all'azione creditoria, ciascun vede che a buon dritto il debitore Rossi eccepiva che mancasse la base del procedimento esecutivo, cioè un valore realizzabile, costituente l'avere del debitore, avvegnacchè, quando la esecuzione si diriga sopra somme dovute dai terzi al debitore pignorato, occorra innanzi tutto stabilire, che il terzo sia effettivamente debitore.

La economia della legge persuade evidentemente che la sentenza di assegnazione non ha il puro effetto ordinario di surrogare il creditore istante nella situazione del creditore diretto, cioè del debitore espropriato senza esame e controllo intorno a questa situazione, ma bensì ha l'effetto di accertare e dichiarare la esistenza delle ragioni pignorate, prima di provvedere alla surrogazione. Le disposizioni degli art. 613, 619 e 620 P. C. non permettono dubitare che tale ricerca sulla esistenza del credito deve farsi *ad normam iuris*, senza mettersi in non cale tutto il rigore delle norme probatorie, come uno degli estremi essenziali e principali del giudizio di assegnazione.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

4 aprile 1903

Pres. Santamaria — P. M. Cammarota (concl. conf.) Est. Mascolo
Credito Fondiario — Stentalis e Campanile

Dote — Alienazione — Se occorra l' autorizzazione impartita su ricorso. Cod. civ. art. 136 e 1405, Cod. di p. c. art. 799.

Interessi — Grado che ad essi spetta in graduazione. Accoglimento di domanda principale — Inutilità di esaminare le subordinate.

Notaio del Credito Fondiario — Responsabilità che gli incombe per non avere esaminato gli atti prima di stipulare.

L'alienazione della dote è regolata dal solo articolo 1405 cod. civ. che richiede il consenso dei coniugi e la necessità ed evidente utilità della famiglia; epperò non essendo possibile l'opposizione di interesse, non sono applicabili gli art. 136 c. civ. e 799 c. p. c. che riguardano i beni parafernali. (1)

Gli interessi vanno collocati con lo stesso grado ipotecario del capitale.

In caso di accoglimento della domanda principale, non può il magistrato esaminare la subordinata.

Il notaio ordinario del Credito Fondiario è responsabile dei danni derivati a questo per non aver egli esaminato la pratica relativa al rogito prima di stipularlo.

Che coi quattro motivi il Credito Fondiario sostiene due proposizioni. Dice in prima che l'istituto della dote, nei casi in cui può essere distratta è re-

(1) Negli stessi sensi vedi: Cass. di Napoli 22 agosto 1894 (*Foro It.* 1895, 14); 3 maggio 1897 (*Dir. e Giur.*, XIII, 40); 12 dicembre 1899 (*Foro It.* 1900, I, 217);

golata dal solo articolo 1405 codice civile, e che ad esso non è affatto applicabile l'altro articolo 799 codice di procedura civile. Deduce in secondo luogo che il suo credito deve essere collocato nel primo grado ipotecario anche per gli accessorii che sono inseparabili dal capitale.

Codeste doglianze sono più che fondate.

Che l'istituto dall'autorizzazione maritale è disciplinato agli articoli 134 e seguenti detto codice civile, che all'art. 136 poi richiede l'autorizzazione giudiziaria se l'atto implichi opposizione d'interesse fra i coniugi, disposizione la cui intelligenza travaglia tuttora la dottrina e la giurisprudenza.

Però può affermarsi con sicuro criterio che in tema di dote l'art. 136 non

---

Cassazione di Roma 25 aprile 1895, 23 dicembre 1897 e 21 giugno 1902, (*Foro It.* 1895, 1, 1015; 1898, 1, 137; 1902, 1, 1480) e Appello Roma 24 agosto 1897 (*Foro It.* 1897, 1, 1005).

Ha ritenuto invece che si dovesse seguire il procedimento stabilito dalla legge per i beni parafernali, e col contradditorio e sentito il P. M., la Corte di Trani a 6 febb. 1897 (*Foro It.* 1897, 1, 675).

Evidentemente la vera teoria è quella accettata dal nostro Supremo Collegio e che ha il maggior seguito. Il legislatore francese specificava i casi nei quali era permessa l'alienazione della dote (art. 1558) con l'autorizzazione del giudice e dopo tre affissioni: il nostro legislatore credette invece non determinare i casi specifici, ma permettere al giudice di autorizzare l'alienazione quando vi fosse il consenso dei due coniugi e quando vi fosse la *necessità ed evidente utilità* della famiglia.

Ora se il magistrato trova il consenso dei coniugi e la necessità ed evidente utilità, a che preoccuparsi dell'opposizione di interessi, e vedere se per tale opposizione debba seguirsi la via semplice del procedimento di volontaria giurisdizione o se debba sentirsi altresì il marito, sentirsi il P. M. ed emettersi sentenza? Nei casi contemplati dal legislatore, casi di evidente utilità, eravi anche una certa opposizione di interessi, ma quella vinceva, anzi distruggeva questa: così oggi quando il magistrato riconosce, come deve, per poter permettere l'alienazione, che vi sia la necessità o utilità evidente.

È opportuno però rilevare che, anche trattandosi di beni parafernali, oramai la giureprudenza prevalente sempre affermata dalla Cassazione di Napoli, ed alla quale ha finalmente aderito la Cass. di Roma a Sezioni Unite con pronunziato del 21 ottobre 1902 (*Foro It.* 1902, I, col 1420) ha ritenuto che se il ricorso è firmato dai due coniugi, non è necessario in caso di opposizione di interessi, che il marito sia sentito in Camera di Consiglio, nè che sia sentito il P. M., nè che si emetta sentenza, mentre ciò deve farsi in caso di rifiuto del marito a prestare il suo consenso.

Si è quistionato altresì se in caso di rifiuto del marito possa il magistrato supplire al consenso: l'hanno negato alcuni — *Ricci* VII, n. 50, *Bianchi*, Contratto di Matrimonio, n. 175, *Mortara*, Giurisp. Ital. 1895, II, 95 e 1897, I, 293 Cass. Roma 21 giugno 1902 (*Foro It.* 1902 I, 1480). L'hanno invece ammesso altri, dividendosi però circa il modo; affermando alcuni che si può dal magistrato supplire in sede di volontaria giurisdizione: *Galluppi*, La dote n. 140; *Pacifici Mazzoni*, Istit. V. 207; Cass. Palermo 20 febb. 1897 (*Foro* 1, 655); affermando altri che deve darsi in linea contenziosa: Cass. Firenze 16 nov. 1894 (*Foro* 1894, 1, 1257) Cass. Roma 19 dic. 1898 (*Foro* 1, 199), la quale però non esaminò se il magistrato potesse poi supplire al consenso mancante.

Avv. G. Morvillo.

è applicabile. Questo Supremo Collegio ha soventi volte pronunziato in questi precisi sensi, e la Cassazione di Roma, che fino a pochi mesi fa professava opinione contraria, con l'arresto a Sezioni unite 21 ottobre 1902, ritrattandosi, si è uniformata ai principii di questa Corte.

Che la dote è intesa alla conservazione e mantenimento della famiglia: il vincolo di inalienabilità che la legge le appresta, provvede al conseguimento di siffatto scopo.

La dote non è proprietà esclusiva di alcuno dei coniugi, ma serve *ad sustinenda oneri matrimonii*, e se la moglie ne conserva la proprietà, il marito ne percepisce i frutti, epperò come patrimonio della famiglia per cui non si distingue interesse speciale di ciascuno dei coniugi esula la necessità di un procedimento in forma contenziosa, e come istituto affatto speciale è regolato solamente dallo articolo 1405 nei casi di restrizione o alienazione della dote.

Questo concetto rifulge dalla parola e dallo spirito della legge.

Di vero, nei lavori preparatorii sul riferito articolo 136, un esimio oratore non mancò far notare che il legislatore doveva preoccuparsi piuttosto dei beni parafernali della moglie che potevano di leggieri essere esposti a pericolo dal marito, anzichè della dote che tutelata per legge, questi (?) ne ha il solo dominio civile. Ed al seguito di tale esame ne seguì che il richiamo che fa l'articolo 1427 al capo nono, titolo quinto del libro primo dove trovasi allogato l'articolo 136 non fu riportato nell'articolo 1405. Il quale altronde per la sua chiara dizione conforta lo assunto che in costanza di matrimonio qualsivoglia modificazione o distrazione della dote e delle ragioni dotali è proibita se non vi concorra il consenso del marito e della moglie, lo che dimostra lo accordo e la eguaglianza d'interesse fra loro a tutelare il patrimonio familiare e non già collisione; ed il Tribunale può darne l'autorizzazione con semplice decreto nei soli casi di necessità e di evidente utilità.

Dunque il Tribunale è chiamato ad accertare codeste due ipotesi soltanto, che eliminano ogni lontano sospetto che l'operazione potesse vantaggiare il marito con danno della moglie, altrimenti non vi sarebbe la necessità e la evidente utilità che la legge richiede.

Ecco la ragione per cui in tema di dote non essendo possibile il conflitto d'interessi, non vi è luogo a giudiziale autorizzazione e basta il semplice decreto in Camera di Consiglio, anche senza lo intervento del pubblico ministero.

Che il Credito Fondiario a buon diritto reclama essere collocato in primo grado degli ipotecarii eziandio per gli accessorii che sono imprescindibili dal capitale; essendo risaputo che quell'Istituto per suoi regolamenti non faceva mutui in tempo se non ad interessi.

Che i coniugi Stentalis e Sabbato coi due motivi del ricorso condizionato sostengono che la Corte di merito rigettando innanzi tempo le domande per la rivalsa dei danni promossi da loro contro il Credito Fondiario ed il notaio signor Campanile sia caduta in varie violazioni di legge, ha distrutto il contratto giudiziale, è trascesa nell'ultra petita e in flagrante contraddizione. Ed anche codesto ricorso merita accoglienza.

Per fermo, quanto al Credito Fondiario, giova por mente che la Corte delle Puglie, dichiarando nulla la postergazione del grado ipotecario delle ragioni dotali consentita dalla signora Sabbato a pro dell'Istituto, per essere conse-

guente a se stessa, doveva ritenere come non fatta la dimanda per ristoro dei danni che era subordinata all'accoglimento della dimanda principale, se invece l'ha respinta, flagrante è la contraddizione che s' incontra nella sentenza denunziata.

Che rimpetto al notaio signor Campanile la Corte per esonerarlo dalla responsabilità afferma aver egli rilevato la regolarità della cessione del grado già eseguita dal signor Stentalis a base della scrittura privata onde risultava il consenso della Sabbato, e in virtù della deliberazione del Tribunale.

Ma la Corte non si occupò affatto della qualità speciale del signor Campanile di notaio ordinario del credito fondiario, la qualcosa se pur non gli faceva obbligo, non poteva non fornirgli l'agio di conoscere appieno gli interessi dell' Istituto ed esaminare tutti gli atti concernenti la contrattazione che egli era chiamato a stipulare, e quindi anche le condizioni cui era sommesso il consenso della signora Sabbato, e il cui adempimento era a lui affidato. Epperò non pare al Supremo Collegio che sia piena e completa la motivazione della sentenza denunziata nel rapporto di esso Campanile.

Per questi motivi — La Corte cassa ecc.

25 aprile 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CIANCI DI LEO SANSEVERINO

Consorzio del Tusciano — Galdi

Clausola compromissoria — Arbitri in numero pari con facoltà di aggiungerne un altro — Nullità del patto. Art. 8 e 12 Cod. proc. civ.

È nulla la clausola con cui, deferita ad arbitri in numero pari la decisione di una controversia, si deferisca ad essi la nomina di un altro arbitro in caso di dissenso. (1)

Considerando in riguardo al primo motivo del ricorso, che la Corte di appello in linea di fatto, ritenne, che a dirimere ogni questione, la quale avesse potuto sorgere, circa i danni del canale di derivazione delle acque del Tusciano, sia per alluvione sia per altra causa, si sarebbe costituito un collegio, arbitrale di due ingegneri, reciprocamente scelti dalle parti. Si aggiunse che, nel caso il loro giudizio non fosse stato unanime, avrebbero essi dovuto eleggere un terzo, per decidere, in unione di costui le controversie nella convenzione specificate. Si previde infine che laddove anche in questa nomina del terzo perito non fossero stati di accordo, la sua scelta si sarebbe fatta dal pretore di Eboli. Eccepita intanto dal Consorzio la nullità della clausola compromissoria, stipulata a quel modo e quindi la nullità della sentenza arbitrale, i giudici di merito intesero risolvere la proposta questione in senso negativo, cioè ritennero, che il legislatore con l'art. 12 del cod. di rito, in relazione all'art. 8, lasciò in libertà delle parti il nominare due soli arbitri con l'incarico a costoro di eleggere il terzo.

---

(1) Giurisprudenza costante di tutte le Cassazioni, da cui solo quella di Torino si è discostata (17 marzo 1893 — *Annali* 1893, 258), dopo avervi aderito (2 dicembre 1889 — *Foro It.* 1890, 128).

E, dichiarando così la validità del patto compromissorio, dissero che la lettera e lo spirito dei citati articoli, esprimono chiaramente il pensiero legislativo, che la condizione del numero dispari, nel caso di compromesso circa la nomina degli arbitri, non può essere estesa ai casi, in cui il contratto sia accompagnato o seguito dalla cennata clausola compromissoria. Egli è ben noto che da gran tempo la quistione si agita sulla cattedra e nel foro; ma la giurisprudenza delle Corti regolatrici è ormai ferma e costante nel dichiarare assolutamente la nullità del patto in esame in ambo i casi preveduti dagli art. 8, 11 e 12 p. c. giacchè il numero dispari degli arbitri fu prescritto dalla legge per ragioni d'interesse generale, comuni a qualsiasi giudizio arbitrale.

Senza qui ripetere le ragioni diffusamente ed esaurientemente esposte dal supremo Collegio di Roma, con sentenza dei 30 gennaio 1899 (*Racc.* I, 1,225), basterà semplicemente osservare che nella legislazione francese, dalla mancanza appunto del numero dispari, derivarono molti e gravissimi inconvenienti ogni volta che verificandosi parità di voti negli arbitri, sorgeva la necessità di chiamare un terzo a pronunciare il lodo. Ecco perchè la relazione del Governo, nel presentare il progetto del codice di rito, dopo avere accennato ad altre ragioni, lasciò chiaramente intendere il concetto che sarebbe stato miglior partito non ammettere addirittura il giudizio arbitrale, piuttostochè disciplinarlo od ordinarlo in guisa che, invece di metter fine alle liti, fosse stato principio e sorgente di altre controversie, come la diuturna esperienza dimostrò, per quel difetto lamentato nel codice francese.

Posto ciò, nella recente giurisprudenza a ragione fu ritenuto, che, il numero dispari degli arbitri è comune così al compromesso, come al patto compromissorio per motivi d'interesse sociale, a cui i privati non possono derogare, eccetto i casi in cui una legge speciale ponga un limite o faccia eccezione a quella norma generale di ordine pubblico.

Fedele a questo principio, il legislatore ne porse l'esempio, anche sotto l'impero del codice sardo del 1859, poichè il governo del Re, con la legge del 27 ottobre 1860, nell'approvare la convenzione per la concessione delle ferrovie Liguri, deferì a due arbitri la risoluzione delle controversie, aggiungendovi un terzo nel caso che fossero discordanti.

Dicasi lo stesso per altre disposizioni legislative di carattere eccezionale, per cui può bene invocarsi a sostegno della tesi propugnata nel ricorso la nota massima: *exceptio firmat regulam exceptionis.*

Insomma la legge nel permettere che alla giurisdizione ordinaria possa sostituirsi la funzione arbitrale, richiede la osservanza di più condizioni: fra esse primeggia la scelta delle persone le quali, oltre che incarnare la fiducia espressa dai contraenti, debbono rispondere individualmente al concetto di attitudine e di responsabilità che i contraenti medesimi si ebbero verso i rispettivi mandatarii, nel momento del contratto o dopo.

Non per altra ragione al sistema francese e delle leggi napoletane del 1819, le quali presuppongono la facoltà della nomina degli arbitri in numero pari, fu sostituito un nuovo sistema. « Alle deliberazioni successive degli arbitri prima nominati e poscia in concorso di nuovi arbitri, dice la relazione del Governo, venne senza più surrogata una deliberazione comune prima che ac-

cada una divergenza, la quale renda necessaria la nomina di altri: s' impedisce anche per tal modo un conflitto di amor proprio. Gli arbitri scelti dallo accordo delle parti presenteranno maggior garenzia d' imparzialità, condizione che è precipua nei giudizi ». Premesso ciò, apparisce chiaro che la dottrina professata dai giudici di merito, nel caso concreto, è apertamente contraria ai principii che governano tanto il compromesso, quanto la clausola compromissoria, non potendo il collegio arbitrale *ab initio* esser costituito legalmente senza la nomina diretta delle parti, eccettuata la ipotesi preveduta dall' art. 12 p. c. la quale, facendo eccezione alle norme generali, non può estendersi oltre i confini, in cui è circoscritta in quella speciale disposizione (art. 4. delle Disp. Prel. del C. C.)

Considerando infine che pur messa da un canto la discussione *in apicibus iuris* intorno alla nullità della clausola compromissoria, nel modo come fu stabilita nel rogito dei 10 Aprile 1886, la denunciata sentenza ritiene in linea di fatto, giusta gli atti processuali, che il lodo fu emesso solamente dagl' ingegneri Giordano e Casalbore, sicchè, non essendosi avverata la ipotesi preveduta dalle parti contraenti, circa la nomina del terzo arbitro, non può disconvenirsi che l'azione di nullità fu bene intentata, sul fondamento degli art. 8 e 21 del Cod. di rito, i quali assolutamente non riconoscono la legittimità del lodo, se non sia pronunciato da arbitri in numero dispari ed a maggioranza di voti, senza fare alcuna distinzione fra il compromesso ed il patto compromissorio (art. 21 c. p. c.). Per questi motivi—La Corte cassa e rinvia ecc.

26 maggio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. LOMONACO
Pitterà e Algranati — Società Viterie

Coalizioni industriali (trusts) — Validità. Art. 1119 C. C.

Prova testimoniale — Articolazione dei fatti — Modifica — Appello incidente.

Non possono annullarsi per causa illecita o contraria all' ordine pubblico le coalizioni industriali dirette a far cessare tra i consociati gli effetti di una dannosa concorrenza e a mantenere prezzi remuneratori. (1)

Occorre l' appello incidente perchè la Corte di Appello modifichi l' articolazione dei fatti che l'appellato fu ammesso a provare dal primo giudice.

Attesochè la quistione fondamentale nell'attuale controversia è se nella vigente legislazione italiana sieno permesse quelle associazioni di produttori che prendon nome di consorzii, di « trusts » o di sindacati industriali.

---

(1) Per la letteratura vedi principalmente: *Cossa* I sindacati industriali; *Flora* I sindacati industriali; *Jannet* Les syndicats entre industriels pour regler la production en France; *Babled* Les syndicats de producteurs et detenteurs de marchandises au double point de vue économique et penal; *Amar* Su le coalizioni nell'industria e nel commercio; *Betocchi* Le coalizioni industriali nell'economia e nel diritto; *Marghieri* Sindacati di difesa industriale; *Rousiers* Les syndicats industriels de producteurs en France et à l' étranger; *Pohle* Die Kartelle der gewerblichen Unternehmer; *Steinmann-Bucher* Ausbau des Kartellwesens; *Kleinwächter* Die Kartelle; *Steinbach* Rechtsgeschafte der wirtschaftlichen Organisation; *Grunzel* Uber Kartelle; *Ely* Monopolies and trusts.

Attesochè per la soluzione della questione deve determinarsi il carattere di tale accordo.

Esso (come insegna la scienza economica) consiste nell'unione libera e convenzionale di più produttori di uno stesso ramo d'industria, allo scopo di

---

Vedi anche: Rapporti della discussione avvenuta nel parlamento germanico nei giorni 3, 6 e 7 Dicembre 1900.

Protocollo della Camera dei Deputati dell'Austria, sessione XII a XVII, 1897-1902. Rapporto della Commissione industriale degli Stati Uniti sui sindacati industriali, edito in Washington 1900-1901.

Sentenza dubbia ed insufficientemente motivata. Pare di massima, ed invece è decisione di fatto.

Non è certo in una nota di comento che si possa svolgere una grave questione di diritto, come quella della validità od invalidità delle coalizioni industriali (trusts, kartell, syndicats) dal punto di vista della legislazione vigente in Italia. Riservandoci di trattarne altra volta nella prima parte di questa rivista, ci limiteremo a porre la questione, ed a narrarne brevemente le vicende.

Il sindacato industriale è un fenomeno spiccato della economia capitalistica moderna, che appare sotto forma di associazione fra più imprenditori di un dato ramo industriale allo scopo di evitare gli effetti della concorrenza, di mantenere od elevare il prezzo della merce.

Questo è lo scopo che, su per giù, gli scrittori *(Kleinwächter, Brentano, Bücher, Pohle, Grunzel)* attribuiscono ai *trusts*; salvo particolari dissensi su alcuni punti: come, ad es. l'estremo della identità di produzione fra gli associati.

Nel campo politico-economico il *trust* è un organismo artificiale di resistenza contro gli effetti della produzione a libera concorrenza. Tale sua funzione esso esplica in varii modi: limitando la produzione, mantenendo alti i prezzi, regolando la vendita. Questo scopo si raggiunge sotto forma di associazione commerciale che impone alcuni patti ai consociati e che scende in lotta contro i non consociati. Naturalmente, poichè l'attuale regime capitalistico si svolge sotto il cielo della concorrenza libera, il *trust* nelle sue conseguenze economiche rappresenta un istituto artificiale sempre a vantaggio dei consociati, e qualche volta a vantaggio indiretto della produzione e delle masse lavoratrici. Infatti esso, in un dato momento, evita le crisi di sovraproduzione e tiene alti i salarii. Ma questi beneficii sono eminentemente passeggeri, perchè non appena il *trust* cade (e ciò avviene fatalmente dopo breve tempo) i prezzi tenuti alti artificialmente precipitano all'improvviso, i salarii scendono di un colpo e la crisi più spaventosa assale produzione e mano d'opera.

Nel campo giuridico, il *trust* rientra nella infinita varietà delle convenzioni, le quali possono essere regolate dal punto di vista dei rapporti tra l'associazione e l'interesse pubblico, oppure dal punto di vista dei consociati fra loro. Sotto il primo aspetto, il diritto pubblico interviene e regola i *trusts* con un regime di polizia e di pene: sotto il secondo aspetto è il diritto privato che interviene ad annullare il patto di società soltanto allorchè uno dei consociati al *trust* si rifiuti di mantenere i patti, che egli accusa come illeciti.

Quale sistema sia preferibile, è oggi gravissima questione dibattuta specialmente innanzi al Parlamento austriaco (vedine i due progetti riportati dal *Grunzel* op. cit. pag. 173 e seg.).

In Italia il problema giuridico comincia ad affacciarsi ora: infatti prima del 1885, cioè anteriormente al pronunziato della Corte di Appello di Torino del 25 ago-

far cessare fra loro una dannosa concorrenza e mantenere prezzi rimuneratori alla loro produzione.

Considerata nel campo economico, tale istituzione, se può recare inconvenienti, ove trasmodi dai limiti del giusto, ed anzi se, degenerando, può riuscire persino di grave pericolo alla società intera, può produrre anche insigni vantaggi.

Non si può certamente in un pronunziato giudiziario, sviluppare questo concetto che ha dato luogo ad acute osservazioni di gravi trattatisti.

Basterà accennare, soltanto, che, nel caso di sindacati onesti, i guadagni ed i risparmi dei medesimi servono a dare un equo dividendo agli azionisti, buone paghe agl'impiegati ed agli operai, e bene spesso rendono possibile l'abbassare i prezzi delle merci fabbricate dal sindacato.

Sarà, pertanto, compito dei poteri legislativi dello stato il disciplinare queste novelle energie produttive, disponendo, pei casi di abuso, delle clausole penali, o delle ragioni di nullità o di invalidità.

Ma a questa eminente funzione del legislatore non può surrogarsi il giudice, il quale dee eseguire, non crear la legge.

Attesochè giustamente la Corte di Appello ha considerato che nel codice penale non vi ha al riguardo alcuna norma proibitiva. Bene quindi indagò se si possa trovare alcun divieto nell' articolo 1122 del codice civile, il quale, a compimento dell' art. 1119, che richiede, come essenziale ad un contratto la causa lecita per obbligare, dichiara che la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume, o all'ordine pubblico.

Ed un tal divieto non lo trovò in queste disposizioni del codice, nè v' ha alcun patto che risulti vietato dalla legge. È stato legalmente osservato che non v' ha alcuna cosa d' illecito nel fatto dell'associazione od unione e nella relativa assunzione d'obblighi da parte dei consorziati, perchè questo è esercizio di libertà e non lesione della medesima, e perchè la limitazione dell' azione dei contraenti è un effetto proprio di tutti i contratti.

---

sto 1885 riguardante il Consorzio per lo spaccio dei fiammiferi, non trovasi alcuna decisione. Dal 1885 ad oggi, non v' ha che la presente sentenza della Corte di Cassazione di Napoli. I due pronunziati si appoggiano all' art. 12 delle disposizioni preliminari, che dichiara invalide convenzioni ed atti contrarii all'ordine pubblico, ed all'art. 1119 cod. civ., che toglie effetto giuridico alla obbligazione fondata sopra causa illecita.

I pochissimi scrittori che si sono occupati della questione calcano tutti la distinzione tra coalizioni lecite (quelle che mirano a limitare i danni della concorrenza, od a mantenere prezzi remuneratori) e coalizioni illecite (quelle che, per un intento di sola speculazione, danneggiano il mercato con artificiali elevamenti od abbassamenti di prezzo, per rendere impossibile il commercio ai non coalizzati).

Noi non crediamo troppo al fondamento di simile distinzione, la quale si appoggia più ad illusorie armonie economiche, che a realtà di fatto. E nella realtà il *trust* è un ente artificiale di combattimento, che porta in sè l'illecito. Ma questo illecito è tale per lo spirito informatore della economia e del diritto moderno? o ne è la espressione più logica? È così, che, a noi pare, si debba dai giuristi porre la questione.

Prof. Arnaldo Lucci

Ed infine, va anche osservato che quanto è operato dall'unione è il risultato della volontà libera degli aderenti, i quali possono liberamente sciogliersi mediante semplice lettera raccomandata.

Attesochè non regge l' altro motivo che avrebbe dovuto esibirsi al Magistrato il contratto scritto dell' Associazione: ben è stato su tal proposito considerato dal Tribunale e dalla Corte di merito che non trattasi di provare una Società, od un ente sociale, ma un consorzio o sindacato.

Non v'era bisogno dell' atto redatto in scrittura e gli attori fecero la prova dell'obbligazione verso loro assunta mercè esibizione di lettere, telegrammi ed altri documenti.

Atteso che i ricorrenti Algranati e C. e Pitterà sostengono che inesattamente essi furon tenuti responsabili direttamente, e che non doveano modicarsi i capitoli di prova.

Non regge il primo appunto; è, invece, fondato il secondo. Di vero, la Corte di Appello nel suo incensurabile giudizio di fatto si convinse che essi possono essere chiamati a rispondere solidalmente con la Viteria per le infrazioni che a questa abbiano fatto compiere, e che quindi bene il Tribunale dichiarò la suddetta Viteria, la ditta Algranati ed il Pitterà solidalmente responsabili verso le ditte attrici per le possibili violazioni dei patti regolanti il Consorzio. Però non si potea, nel manco di appello incidentale per parte degli attori, modificar l'articolazione dei fatti da provare; poichè, non essendovi stato un tale gravame, era pei ricorrenti Algranati e Pitterà un « ius quaesitum » che si dovesse dimostrare con testimoni, che anch' essi, eransi obbligati a tutti i patti dello statuto regolamentare esibito in atti; salvo a far valutare le risultanze della prova, e della prova contraria cui furono autorizzati, per determinare concretamente e precisamente la portata e le conseguenze finali della loro responsabilità.

Per questa sola parte, pertanto, deve esser cassata la sentenza denunziata.

Attesochè ogni altra indagine, rimessa all' esito della istruzione nell' interesse di tutti i contendenti, non può formar obbietto a censura in questo stadio del giudizio.

Attesochè i signori Milosa ed Esposito vennero messi fuori causa.

Nel loro rapporto ragionò la Corte riferendosi a quanto era detto per altre parti.

E, confermando il pronunziato del Tribunale nel loro rapporto, venne a confermare quanto i primi giudici aveano ragionato su tal proposito, i quali aveano compiutamente considerato che, poichè le domande delle ditte attrici eran proposte contro la Viteria in persona dei suoi rappresentanti e non contro i signori Esposito e Milosa in nome proprio, era evidente che i medesimi non aveano ragione a stare personalmente nell' attuale giudizio e doveano quindi essere messi fuori causa.

Attesochè, rigettandosi ricorsi della Viteria e dei signori Esposito e Milosa, debbono i medesimi esser condannati nella perdita del deposito e delle spese.

Per questi motivi. La Corte ecc.

28 marzo 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. ROMANO (concl. diff.) — Est. PETRUCCELLI
Comune di Mercato S. Severino — Jennaco

Passaggio per mera tolleranza — Azione di spoglio — Ammissibilità. Art. 695 e 696 codice civile.

A rendere ammissibile l' azione di spoglio basta l' estremo della clandestinità o della violenza in rem; *e non occorre esaminare se la servitù della quale si accusa lo spoglio costituisca un mero atto di tolleranza* (1).

Osserva in diritto che le doglianze del ricorrente si ravvisano fondate. E per fermo, l'art 695 del cod. civ. concede la reintegrazione a chi violentemente od occultamente viene spogliato del possesso, qualunque esso sia; ed il seguente art. 696 aggiunge che la reintegrazione deve ordinarsi contro *qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio.*

Onde l'indagine da fare in tema di spoglio consiste nell' assodare se vi sia la materiale detenzione nel momento dello spoglio e se questo siasi commesso con violenza o clandestinamente.

E conviene qui ricordare la L. 1. § 9 ff. *de vi* — in cui è detto: « *Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet* ». E nelle istituzioni di Giustiniano trovasi scritto al § 6 titolo XV libro 4:

« *Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium, vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum* unde vi *per quod is qui dejecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat.* »

Per necessità sociale la legge garentisce ad ognuno lo stato di fatto, e vieta che lo si muti contro la volontà di colui che in esso si trova, richiedendo in tal caso l' opera del magistrato.

Non occorre un possesso legittimo nello spogliato, ossia un possesso *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e cum animo sibi habendi*; ed è sufficiente che egli abbia la semplice *detentio*, il possesso naturale, anche precario, come emerge dagli art. 695 e 696, testè citati, in cui, tra l'altro, è statuito che, la reintegrazione debba ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggior celerità di procedura *contro qualsiasi persona, fosse anche il proprietario della cosa di cui si è patito lo spoglio, sia qualunque il possesso dello spogliato.*

Si rende perciò inutile la indagine sulla qualità del possesso in chi sperimenta la reintegrazione, e deve soltanto assodarsi se con violenza o clandestinamente siasi operato lo spoglio.

Per pacifica dottrina e giurisprudenza è clandestino lo spoglio quando avviene ad insaputa dello spogliato: « *Clam facere videtur cum quis celavit adversarium neque ei denuntiavit: si modo timuit eius controversiam aut debuit timere* ». L. 3 § 7 ff. *quod vi aut clam.*

---

(1) Questa importante sentenza sarà discussa prossimamente. — *n. d. r.*

Ed a costituire lo spoglio violento, non si richiede la *vis atrox*, ossia una violenza materiale contro la persona, ma basta che l'atto arbitrario di violenza sia anche *in rem*; per modo che lo spoglio avviene per privata autorità contro la volontà dello spogliato, con disprezzo della legge e del magistrato, quando « *ius sibi quis dicit et per iudicem non reposcit* » L. 7 ff. ad legem Iuliam.

Or la denunziata sentenza non pose mente che in tema di spoglio non sia necessario nello spogliato un possesso *cum animo sibi habendi*, ovvero con gli altri caratteri di cui nell'art. 686 del cod. civ.; perocchè, come testè si è accennato, eziandio il semplice detentore va garentito dalla legge con la reintegrazione. E però, nella specie, non poteva per nulla influire sulla decisione della causa l'indagine se costituiva atto di tolleranza anzichè di possesso legittimo il passaggio controverso, che dal Iennaco fu impedito con stecconato a fitta siepe clandestinamente costruita.

16 giugno 1903

Pres. Santamaria — Pell. Romano (concl. contr.) Est. Bianco
Calardo — Storino

Offerta reale — Costituzione in mora. Art. 1259 Cod. Civ.

La offerta reale non accettata dal creditore, non susseguita da deposito e non convalidata dal magistrato, è un atto volontario del debitore, sempre rivocabile, che non produce liberazione e non impedisce il corso del procedimento esecutivo. (1)

Della sentenza ha chiesto il Calardo l'annullamento alla Cassazione, per due motivi; nei quali, indicando le violazioni delle norme regolatrici dell'offerta reale e della mora, si fece a svolgere lo assunto, che la offerta reale

---

(1) Per quanto la surriferita sentenza sia molto ben redatta, facciamo ampia riserva nell'accettarne i principii in modo assoluto.

La Corte ha ritenuto che l'offerta di pagamento non accettata dal creditore, non seguita da deposito e non convalidata non produca alcun effetto.

E questo ci appare errato. L'offerta di pagamento, pur che sia fatta dal debitore al creditore e sia completa e reale (1241, 1243, 1245 a 1250 Cod. Civ.) non produrrà liberazione del debitore, ma dovrà produrre altri effetti. Ciò lo si comprende dal testo dell' art. 1259: « quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può ottenere la sua liberazione mediante l'offerta reale ed il « susseguente deposito della cosa dovuta », e dal testo dell'art. 909 Cod. proc. civ. che contempla la possibilità di una offerta non seguita da deposito.

Dal testo della legge risulta, adunque, un duplice concetto: il debitore può offrire il pagamento al creditore che ricusa riceverlo: il debitore può offrire e depositare, oppure chiedere la convalida della offerta senza aver eseguito il deposito. L'offerta di soddisfare l'obbligazione può essere fatta anche verbalmente: e se si prova che essa fu seria e reale e che il creditore la ricusò, il debitore non può essere ritenuto in *mora solvendi*, nè contro di lui possono invocarsi le conseguenze di un tale stato, cioè le penali, le decadenze e le esecuzioni.

Ma se il debitore voglia, poi, costituire in *mora accipiendi* il creditore, in modo da far cessare il decorso degli interessi e liberarsi dalla prestazione del rischio e pericolo, allora egli deve procedere ad offerta reale nella forma di legge, seguita

non accettata, non susseguita da deposito, e non convalidata, si traduce in atto volontario del debitore, rivocabile, che non produce liberazione, e non impedisce il corso del procedimento esecutivo.

Che a codesti concetti giuridici non si può non plaudire, involgendo davvero la teorica proclamata dai giudici di merito una violazione profonda alle norme regolatrici dell'istituto dell' offerta reale, ed un ostacolo illegale allo esercizio degli atti esecutivi; epperò va accolto il ricorso.

È, in effetti, principio fondamentale di diritto, codificato nell'articolo 1257, che il debitore possa ottenere la sua liberazione mediante l'offerta reale, compiuta nei modi del posteriore articolo 1260, ed il susseguente deposito della cosa dovuta; a condizione però, o che l'offerta sia accettata, o che sia convalidata, mercè sentenza passata in giudicato.

Di qui deriva che la estinzione del debito sia condizionale, e divenga diffinitiva per mezzo del contratto, che si forma tra il debitore e il creditore, con la costui accettazione, o con la sentenza che dichiari la validità del deposito.

Insino a che tutte codeste norme non siano adempiute, l'offerta reale non produce liberazione, ed il creditore è libero di continuare il suo procedimento.

Se fosse altrimenti, basterebbe che il debitore facesse un'offerta qualsiasi, anche derisoria, e sol per questo, il creditore dovrebbe arrestare ogni suo procedimento, ogni atto esecutivo ed attendere il giudizio di convalidazione di essa.

Che a codeste conseguenze perturbatrici d'ogni rapporto obbligatorio perviene la sentenza denunziata con la questione posta, sul se cioè un creditore, a seguito dell'offerta reale fattagli dal debitore, possa procedere ad atti esecutivi, o debba prima far discutere la validità, o meno, dell'offerta medesima, e con la risoluzione negativa che le dà. E la gravità di cosiffatte conseguenze, nulla montando che un tale simulacro di offerta sia stato fatto pria della notificazione del precetto, appar maggiore nei giudizi esecutivi, come quello che si presentava al suo esame.

In questi procedimenti, notificato il precetto e fatta pure la opposizione del debitore, in nessun' altra guisa può esser arrestata o paralizzata la esecuzione della sentenza, se non offrendosi dal debitore all' usciere esecutore, anche a titolo di deposito, a norma dello articolo 580 proc. civ. la somma per la quale si procede, e l' importare delle spese.

Ora il tribunale non pone menomamente in dubbio il fatto, che in base alla sentenza di condanna il sig. Calardo avea spinto il precetto e proceduto a pignoramento; e tuttavia per la preesistenza di una offerta, mancante delle condizioni essenziali, tolse vigore all'uno e all'altro, paralizzando così la forza esecutiva della sentenza.

---

da deposito e convalida. Soltanto così il debitore è completamente liberato (art. 1259 cap. Cod. Civ.)

E l'insegnamento della dottrina francese ed italiana (per quanto su questa materia della offerta reale la confusione dai pratici a noi continui tuttora) è prevalente in questo senso (*Giorgi* Obblig *VII* n. 278; *Laurent* Dr. Civ. XVIII, 196; *Aubry* e *Rau* Dr. Civ. § 322 nota 22; *Larombière* Obblig. art. 1257,8).

a. l.

Che l'insieme dell'argomentare dei giudici di merito è viziato da altri errori, nell'affermare che, venuta l'offerta, il creditore non possa più oltre procedere, ma debba provocare il giudizio di convalida, e finchè questo non pratichi, è egli costituito in mora e non il debitore.

Costoro, collocati da un falso punto di vista nello esame della controversia, furon tratti a queste altre erronee affermazioni. È per converso il debitore sempre in mora, finchè non adempia al pagamento, offerta, o deposito delle somme precettate; ed a lui incombe il dovere di promuovere la convalidazione dell' offerta.

E suo supremo interesse di arrestare la esecuzione, non bastando nè la opposizione al precetto, nè la pura e semplice offerta, rifiutata per giunta e ritirata.

Depositate le somme precettate, a norma dell'art. 580 proc. civ., deve il debitore, ed offerente nel giudizio di opposizione, chiedere la convalida, che costituisce allora parte integrante del giudizio incidentale, da lui stesso provocato con le opposizioni, a norma dello articolo 908 proc. civ.

In una parola, con la sua teorica il tribunale sul semplice fatto d' una offerta lanciata, presuppone nel creditore una mora *accipiendi*, con le sue dannose conseguenze, e frammette un ostacolo alla prosecuzione del giudizio, contro quel creditore che ha per lui la efficacia del titolo esecutivo, imponendogli per giunta il dovere di rimuovere egli siffatto ostacolo.

Fino a che non adempie col pagamento alla offerta, o al deposito delle somme precettate, il debitore è sempre nella « mora solvendi ».

La sentenza quindi. che travisa così ogni concetto giuridico, non può sfuggire alla censura del supremo Collegio e deve essere annullata.

(Omissis) — Per questi motivi — La Corte. Cassa e rinvia.

6 maggio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. CIACCIA
Mancini — Lancellotti

Contumacia del convenuto — Prova dell' obbligazione.

Nullità del sequestro conservativo — Necessità di un nuovo decreto per procedere ad un altro sequestro. Art. 924 cod. proc. civ.

La contumacia del convenuto non costituì mai la prova di un' obbligazione di cui si domandò l' adempimento.

Dichiarato nullo un sequestro conservativo, per procedere ad un nuovo sequestro è inefficace il decreto permissivo di quello che fu annullato (1).

(Omissis) Un secondo e non meno grave errore di dritto sta in ciò, che si è ritenuto esser prova sufficiente dell' obbligazione la contumacia del convenuto davanti il conciliatore. Qui non occorre di certo ingolfarsi nella quistione

(1) Questione dibattutissima, come è accennato nel testo della pregevole sentenza che riportiamo e risoluta nella dottrina e nel foro contrariamente alla tesi adottata ora dal Supremo Collegio. Esso già altra volta proclamò la stessa massima con la decisione accennata nella sentenza, stesa dall' attuale illustre suo presidente

storico-giuridica del significato e valore della prima parte dell' art. 384 del codice di procedura civile così mirabilmente illustrata dalla relazione ministeriale in confronto del codice francese e degli altri codici che prima vigevano nei diversi stati d' Italia; giacchè bastava lo appello del Mancini e la costui impugnativa in appello per togliere qualsiasi valore alla contumacia di prima istanza.

Il contumace sopporta le conseguenze della sua contumacia giusta l'art. 388 del cod. di proc. civ., ma non gli si può di certo negare il dritto d'impugnare in appello l'obbligazione che gli viene addebitata dall' attore, il quale in tal caso ha il dovere di provare nei modi di legge la sua domanda.

Osserva che col terzo mezzo del ricorso si ripresenta la *vexata quaestio*, se la nullità di un sequestro conservativo ponga anche nel nulla il decreto del giudice che lo concesse, in modo che non si possa dar luogo ad un secondo sequestro conservativo in base dello stesso decreto che concesse il primo annullato.

E la quistione fu altra volta risoluta da questo Supremo Collegio con la sentenza 15 febbraio 1884 nella causa Ministero dei LL. PP. c. Gargano in un caso meno grave del presente; onde non si può oggi che riconfermare le ampie ragioni allora esposte per la risoluzione favorevole al ricorrente.

E di tali ragioni, che non occorre ripetere qui tutte, due sono le principali. La prima che la legittimità e la legalità del sequestro conservativo stanno e riposano intieramente nel pericolo e nell'urgenza (art. 924 cod. di proc. civ.) d'onde la conseguenza che, annullato o rinunziato il sequestro conservativo eseguito in base al decreto che lo concesse, riconoscendo la esistenza delle condizioni della urgenza o del pericolo, per potersi procedere ad un secondo sequestro conservativo occorre un novello decreto del giudice che riconosca il concorso delle condizioni volute dal succitato articolo 924 cod. di proc. civ.

Posta la necessità della urgenza e del pericolo, il decreto permissivo del sequestro conservativo forma un tutto solo col sequestro medesimo, onde annullato questo rimane senza effetto ed esaurito anche l'altro.

Accade di certo ben altrimenti nel caso di un pignoramento praticato in base di un titolo esecutivo; ma altro è il pignoramento, altro il sequestro conservativo.

E questa differenza appunto apre l'adito alla seconda ragione superiormente accennata, cioè che in materia odiosa ed eccezionale, che arreca onta e danno al debitore, non è permessa la interpetrazione analogica, ma devesi invece stare rigorosamente nei limiti segnati dalla legge, pei quali il decreto permissivo del sequestro conservativo e il sequestro medesimo stanno nella stessa relazione in cui sono causa ed effetto.

Applicando al caso presente i principii suesposti, ne seguita che il decreto permissivo del sequestro del 23 dicembre 1901 erasi esaurito per effetto della esecuzione già datavi; e poscia, dichiarato nullo il sequestro medesimo, per

---

(*Foro Italiano* 1884-1-396). Tranne qualche rara ma lodevole eccezione delle giurisdizioni minori, tutti gli altri Supremi Collegi seguirono la massima contraria, facendo eco a quanto si ritenne in dottrina.

eseguirne un secondo occorreva un secondo decreto del giudice che a quell'epoca riconoscesse il concorso delle condizioni stabilite dalla legge. Altrimenti facendo, si incorre non solo nella violazione della legge, ma si apre altresì l'adito a mezzi istruttorii, come quelli disposti con la sentenza denunziata, con danno delle parti stesse litiganti.

Anche questo terzo mezzo del ricorso devesi quindi accogliere.

(*Omissis*) Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

16 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO — (concl. conf.) — Est. CIACCIA
De Laurentiis — Banca d' Italia

Precetto — Perenzione — Prescrizione. Cod. civ. art. 2125; proc. civ. art. 566.

Iscrizione della causa a ruolo — Perenzione — Interruzione. Cod. p. c. art. 338.

Cambiale — Accettazione in frode della legge — Girata ordinaria — Eccezioni opponibili al terzo possessore. Cod. comm. art. 324.

Il precetto, benchè perento, ha efficacia di atto interruttivo della prescrizione (1).

La iscrizione sul ruolo della causa ed i rinvii sono atti interruttivi della perenzione.

Ammesso che il possessore di una cambiale sia un giratorio, non gli si può opporre la contradizione di interessi tra il marito, avallante, e la moglie, accettante (2).

Osserva che evidentemente i due motivi del ricorso sono insussistenti; d'onde ne seguita il rigetto del ricorso, con la condanna della ricorrente de Laurentiis nella perdita del deposito e nelle spese, in applicazione dell'art. 541 del cod. di proc. civile.

(1-2) Per la terza massima vedi contra Cass. di Firenze (*Racc.* XL-1-693); Cass. di Roma (*Corte Supr.* 1897-2-171 con nota).

La prima massima proclama ancora una volta l'efficacia del precetto perento ad interrompere la prescrizione, tesi unanimemente accolta da tutte le magistrature e dalla maggioranza degli scrittori. I quali ritengono che il precetto contenga la messa in mora e la minaccia di esecuzione in mancanza del pagamento; onde, soggiungono, posto che il precetto divenga inefficace per la 2ª parte, rimarrà pur sempre un atto di messa in mora. A questo argomento bene oppone il *Pugliese* (Prescr. est. pag. 163) che è difficile ravvisare nel precetto la costituzione in mora, perchè il creditore che fa il precetto mira al fine molto più pratico di procedere ad esecutivi per realizzare un credito certo ed esigibile.

Si soggiunge che l'art. 2128 c. c. non enumera il precetto fra gli atti che perdono la forza interruttiva della prescrizione. Più che alla lettera, crediamo debba guardarsi allo spirito della legge. È noto che le diverse prescrizioni non hanno identico fondamento, e quella degl' interessi in ispecie — per cui sorge per lo più la quistione in disamina — si basa sul concetto di non produrre la rovina del debitore a vantaggio del creditore oscitante. Ora è facile vedere se il fine della legge non rimane frustrato dalla pericolosa massima così allegramente sipetuta dal foro.

È, di fatti, insussistente il primo motivo, perchè la sentenza impugnata non ha fatto che seguire la costantissima ed antica giurisprudenza di questo Supremo collegio, ritenendo queste due proposizioni di diritto; la prima che il precetto, comunque dall'art. 566 della procedura civile sia dichiarato inefficace trascorsi giorni 180 senza che siasi proceduto ad atti di esecuzione, pure conserva sempre la forza interruttiva della prescrizione, a norma dello art. 2125 del codice civile; la seconda, che l'iscrizione di una causa a ruolo ed i successivi rinvii sono atti di procedura, che interrompono la perenzione di istanza a norma dell'art. 338 del codice di procedura civile.

Ed oggi non si può che riconfermare queste due proposizioni di dritto per la evidenza delle ragioni che le sostengono.

E va riconfermata la prima perchè da un canto lo art. 566 del codice di procedura civile dichiara la inefficacia del precetto trascorsi giorni 180 senza procedersi ad atti di esecuzione ma al solo effetto della esecuzione mobiliare ed immobiliare, e dall'altro canto lo art. 2128 del codice civile non enumera nè enuncia il precetto fra quegli atti che perdono la loro forza interruttiva della prescrizione.

E va riconfermata la seconda proposizione di dritto, riconosciuta esatta dalla stessa difesa della ricorrente che l' ha abbandonata colla memoria a stampa e discussione orale perchè la iscrizione a ruolo ed i successivi rinvii sino alla cancellazione, sono evidentemente atti di procedura, che escludono la presunzione di abbandono della istanza.

Ed è parimenti insussistente il secondo motivo del ricorso nelle tre parti che lo compreudono.

La Corte di merito, con criterio di fatto incensurabile in cassazione, escluse la cessione pretesa dalla de Laurentiis, ritenendo invece la esistenza di una girata a norma del codice di commercio; e conseguenza di ciò era ed è che la Banca d'Italia va considerata come terzo possessore della cambiale in contestazione.

Ed in tale qualità non erano a lei opponibili che le eccezioni indicate nella prima parte dell'art. 324 del codice di commercio, fra le quali non può di certo comprendersi quella della de Laurentiis, perchè la cambiale, che è titolo eminentemente formale, rivestiva tutte le qualità volute dalla legge, figurandovi la donna maritata come accettante con l' autorizzazione del proprio marito.

Ben altra era la eccezione della de Laurentiis: ella deduceva che quella forma era simulata in frode della legge; ma in tal caso la sentenza impugnata ben disse che tale eccezione a parte il rogito del 1887, poteva opporsi alla Banca qualora si fosse provata la costei partecipazione alla frode. Esaminando poi lungamente la stessa sentenza i diversi fatti, coi quali intendevasi provare questa partecipazione della Banca alla frode; conchiuse che essi nulla provavano, restando invece ferma la buona fede della Banca medesima.

Se dunque la corte di merito esamina largamente tutti quei fatti articolati

Nè questo è tutto, perchè l' art. 2128 c. c. enuncia quali atti perdono la forza interruttiva della prescrizione, nominandoli nello stesso ordine nel quale sono enunciati nell' art. 2125. Se tra essi si vede escluso il precetto, vuol dire che per esso il legislatore si rimise alla prescrizione speciale dell' art. 566 del cod. di p. c.

f. p.

dalla de Laurentiis e ne dimostra la inconcludenza, e se dopo ciò conclude *che per le ragioni suesposte non puossi ammettere la chiesta prova orale* esula interamente l'ultima censura del ricorso per mancata pronunzia e per omessa motivazione sulla chiesta prova testimoniale.

Per questi motivi. La Corte rigetta il ricorso ecc.

22 giugno 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CALABRIA
Imperiale — Pellicano

Dote — Vincolo del reimpiego—Pagamenti liberi — Imputazione. Cod. civ. art. 1404 e 11.

Interessi sul prezzo — Pagamento parziale — Imputazione — Indagine sul modo come fu fatta. Cod. civ. art. 1256.

I pagamenti liberi eseguiti dal debitore della dote non possono imputarsi su questa.

La imputazione dei pagamenti va fatta prima sugl' interessi ed erra il giudice di merito quando dalla parola prezzo *contenuta nelle quietanze desume che i pagamenti si fossero accettati in conto del capitale.*

Sul primo e secondo mezzo del ricorso.

Attesochè si impugni primamente la riferita motivazione della decisione denunciata, perchè sovversiva del regime dotale stabilito dalla legge, con manifesta violazione degli art. 1404, 1405 e 1406 c. c.; perciocchè trattandosi di debito il cui capitale era sottoposto a vincolo dotale, mentre gl'interessi erano liberamente esigibili dal marito la Corte di merito avrebbe dovuto imputare su questi le somme pagate senza vincolo di reimpiego, e sul capitale e prezzo quelli fatti con tal vincolo.

Evidentemente giusta è cotal doglianza dei ricorrenti.

È invero impossibile disconoscere la erroneità di premesse giuridiche le quali hanno per conseguenza diretta e necessaria il distruggere quella certezza e stabilità della dote, che per l'alto fine dello svolgimento della famiglia le nostre leggi hanno sempre avuto come note fondamentali caratteristiche della dote, salvo l'eccezione dell'art. 1407 c. c. che non ricorre nella fattispecie. Secondo il sistema d'interpretazione della Corte di merito, al principio dell' intangibilità della dote si sostituirabbe la piena balia delle parti; ammettendosi come legittima la evidenza probabile, che la dote si venga a consumare man mano che si eseguono parziali pagamenti non vincolati, che sono imputati sulla somma capitale.

La Corte di Appello riconosce che il capitale costituitosi in dote dalla signora Alice Imperiale si avesse a pagare col vincolo del reimpiego, come fu fatto per la somma pagata colla fede di credito dei 20 gennaio 1886; ma poi contraddicendosi ammette che gli altri tre pagamenti anteriori fossero stati pur fatti sul capitale dotale, quantunque mancassero il vincolo del reimpiego e l'autorizzazione giudiziaria, onde deriva il corollario antigiuridico che per solo consenso delle parti, sia sparita quella parte notevole della dote, che è rappresentata dai tre pagamenti anzidetti.

Nè vale obbiettare che i magistrati di appello resero un giudizio d'interpretazione della volontà dei contraenti, insuscettibile di censura davanti la Corte di Cassazione; posciachè illegale fu la via percorsa per interpetrare quando a base del lavorio intellettuale la Corte di merito pose erronei concetti di diritto, ovvero ne obliò altri, che, tenuti presenti, avrebbero menato a ben diverse conseguenze finali.

Attesochè altro motivo che concorre al chiesto annullamento, sotto il medesimo punto di vista legale del ragionamento premesso alla pronunciazione di cui discutesi, è quello che in secondo luogo si vien prospettando col ricorso per violazione degli art. 1256, 1131 e 1139, c. c. La imputazione, dicono i coniugi ricorrenti, che pel citato art. 1256 va fatta prima su gli interessi e poi sul capitale, costituisce un dritto del creditore; e quindi l'imputazione a rovescio consentita da costui importa rinunzia a tale dritto, che la Corte non poteva contro legge desumere dalla parola *prezzo* adoperata nelle quietanze delle somme pagate da Pellicano. Innanzi tutto in una vendita gli interessi, specialmente se convenuti *ab initio*, vengono conglomerati col capitale, sì che per prezzo s'intendono questo e quello riuniti insieme.

Ma, oltre a ciò, è agevole rilevare dalla semplice lettura della decisione impugnata, che questa si sofferma al significato letterale della parola *prezzo* senza punto indagare quale fosse stata la intenzione dei contraenti nell'usarla, massime quando la Corte di merito aveva innanzi a sè pagamenti fatti col vincolo del reimpiego ed altri affatto liberi.

Non trattasi pertanto di un giudizio in fatto incensurabile davanti la Corte di Cassazione ma dell'oblio di regole fondamentali di interpretazione per cui devesi far luogo dell'annullamento.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

22 giugno 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. PETRUCCELLI
Correale - Macrì

Appello — Modifica dello stato di graduazione — Domanda nuova
Cod. di p. c. art. 490.

Non è domanda nuova la richiesta di modifica dello stato di graduazione fatta in appello ed appoggiata al fatto che fu dichiarato simulato il rogito in virtù del quale figurava venduto il fondo su cui gravava l'ipoteca dello appellante.

La Corte di Cassazione osserva in diritto su entrambi i mezzi del ricorso:

Che erroneamente la denunziata sentenza definiva domanda nuova in appello quella che proponeva il Correale Santacroce, relativa, cioè, alla modificazione dello stato di graduazione, collocandosi il suo credito con la data della iscrizione 27 giugno 1889 in danno di Nicola Macrì. Imperciocchè la Corte di merito non pose mente che la domanda di collocazione del credito di esso Correale Santacroce sul prezzo dell'aggiudicazione del fondo Farri erasi avanzata fin dai primordii del giudizio di graduazione; e che in appello la cennata domanda veniva soltanto giustificata segnatamente circa il grado che poteva competerle.

In vero, svolgendo gli atti, si rileva che, apertosi il giudizio di graduazione, concorse anche il Correale Santacroce e chiese la collocazione sul suo credito di L. 5939 e cent. 70 in sottordine a Nicola Macrì cui spettava l' ammissione con privilegio pel vitalizio di annue lire 1200 o col primo grado ipotecario, ovvero sospendersi il giudizio surriferito fino all' esito di quello per simulazione e frode; promosso dal ripetuto Correale Santacroce contro la donazione fatta da Nicola Macrì a favore del nipote Vincenzo nella quale era compreso il fondo Ferri.

E notava la sentenza in esame che il giudice delegato collocava nello stato di graduazione Nicola Macrì in prelevazione per l' annuo vitalizio di lire 1200 a contare dal 1° settembre 1892, depositandosi in pubblica cassa la relativa somma riversibile dopo estinto il vitalizio, ed ammetteva in subingresso al Macrì il detto Correale Santacroce pel suo credito verso costui; e che il Tribunale con sentenza del 9 dicembre 1901 omologava lo stato di graduazione.

Il ricorrente esibiva al Tribunale la sua iscrizione ipotecaria sul fondo Ferri espropriato riserbandosi di provare analogamente che tale fondo era pervenuto al debitore espropriato, mercè un atto simulato e fraudolento fatto dal donante Nicola Macrì in pregiudizio delle ragioni creditorie di esso Santacroce.

Di tal che, dopo ottenuta la rivocazione del suindicato atto, costui poteva dimostrare che il suo credito verso Nicola Macrì doveva essere collocato sul prezzo del fondo Farri che ne formava la garenzia ipotecaria; ed a questo scopo il medesimo Santacroce chiedeva innanzi al Tribunale la sospensione del giudizio di graduazione, il che gli fu negato dalla sentenza dei primi giudici.

In sede di appello il Santacroce produceva il titolo che giustificava il suo assunto e cotesto titolo era la sentenza della Corte di Appello di Catanzaro del 1° - 15 Settembre 1892 che confermava l'altra denunziata sentenza; errava nel ritenere che la collocazione del credito si era chiesta la prima volta in grado di appello e come domanda nuova incontrava l' ostacolo dell' art. 490 codice di proc. civile, mentre cotesta dimanda erasi proposta fin dall' inizio della graduazione ed esaminata dai primi giudici.

. E non è d'uopo versare in ulteriori indagini sul proposito, perchè quanto sopra si è svolto dimostra il fondamento del ricorso che, in conseguenza, merita di essere accolto, annullandosi la impugnata sentenza e rinviandosi la causa per nuovo esame ad altra Corte di appello ed anche per provvedere sulle spese di cassazione, e deve essere ordinata la restituzione del deposito.

Art. 542 e 544 cod. di proc. civile.

Per questi motivi la Corte di Cassazione accoglie il ricorso, annulla in conseguenza la denunziata sentenza, e rinvia la causa per nuovo esame alla Corte di appello di Trani che provvedeva anche sulle spese.

Ordina restituirsi il deposito.

11 luglio 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. BURALI D' AREZZO
Dusmet e Pouvelant — Kellner e Lampe

Nolo — Armatore — Rappresentanza nel raccomandatario — Consegna parziale della merce — Rimborso di parte del nolo — Obbligo del raccomandatario. Art. 52 e 56 cod. mar. merc.; 366, 557 e 558 cod. comm. 1745 cod. civ.

L'armatore o caricatore della nave deve restituire la differenza del nolo corrispondente alla quantità di merce non consegnata; ed il suo raccomandatario ne è il rappresentante in ordine alla restituzione di tal differenza al destinatario. (1)

Osserva che con i primi tre motivi del ricorso la Ditta Dusmet, destinataria della merce, si duole per non essersi accolta la sua domanda diretta ad ottenere la restituzione di parte del nolo indebitamente esatto sulla quantità di sabbia non consegnata. Or ai termini degli art. 52 e 56 del codice di marina mercantile lo armatore il quale impiega la nave per uno o più spedizioni affidandola alla direzione di un capitano ha gli stessi poteri del proprietario ed è soggetto alla stessa responsabilità: in breve l' armatore è l'unico rappresentante degli interessi della nave e per lo istituto dell' azione institoria è responsabile di tutto ciò che il capitano ha fatto nell' esercizio delle sue funzioni in relazione alla nave ed alla spedizione. Senonchè in tema di mancanza della merce consegnata e di altro fatto colposo o di negligenza, son due gli obbligati verso il destinatario della merce, il capitano cioè che ne risponde come autore diretto del fatto dal quale derivò il danno, e lo armatore della nave che è tenuto a garentire l' operato del capitano, suo preposto, e di conseguenza a restituire la parte del nolo indebitamente esatta sulla quantità della merce affidatogli giusta il contratto di noleggio e la polizza di carico e da lui non consegnata.

Che nel rincontro è tanto più certa la responsabilità della Ditta armatrice in quanto che la stessa Corte di merito riconosce in fatto, nè per altro le parti lo ponevano in dubbio, che lo incarico della Ditta Kellner a riscuotere il nolo prima di consegnare la merce alla destinataria Ditta Dusmet ai termini del contratto venne dato in principal modo dalla Ditta armatrice Leflère rilevando all' uopo la Corte di merito che il nolo non venne riscosso dal capitano della nave, bensì direttamente dalla Ditta Kellner alla quale la Ditta armatrice con la sua lettera del 30 novembre 1899 faceva ordine versarlo per suo conto alla Ditta Thurner. Che per le premesse cose mal si avvisavano i giudici di merito nel ritenere nella Ditta Kellner per la riscossione del nolo la qualità di raccomandataria del solo capitano della

---

(1) Giureprudenza costante. Il raccomandatario fu ritenuto sempre un rappresentante. Confrontisi all' uopo quanto ritenne la Corte di Appello di Genova (2 aprile 1890 *Temi genov*. 1890, 277) ed il PIPIA - *Diritto marittimo* vol. 1: § 447 e ss.

nave, mentre che il mandato al Kellner venne dato nella specie direttamente dalla Ditta armatrice Leflère.

Inoltre la denunciata sentenza va altresì censurata per aver ritenuto che l' ufficio del raccomandatario della nave sia da riconoscersi ben ristretto e temporaneo, assumendo doversene limitare la durata al tempo in che egli disbriga le operazioni personali del capitano dirette a liberar la nave, mentre la Corte stessa non può sconoscere riguardare tra l'altro lo incarico del raccomandatario della nave le operazioni di discarico e di caricamento della merce nonchè quelle per la riscossione del nolo; sicchè è illegale circoscrivere lo incarico del raccomandatario al solo fatto materiale delle operazioni suddette ed invece è mestieri comprendersi eziandio tutto quanto si riferisca agli effetti giuridici delle operazioni suddette nel rapporti dei terzi che vi siano interessati.

Che la Corte di merito violò pure l'art. 366 cod. di commercio col quale nello interesse del commercio, derogandosi al diritto civile, che ritiene il mandato sempre revocabile, invece si dispone che nelle obbligazioni commerciali, ove la esecuzione del mandato sia interrotta per rivocazione del mandante senza giusta causa e per parità di condizione quando il mandatario vi rinunzia senza giusta causa, si dà luogo al risarcimento di danni.

Aggiungasi che per l'espressa disposizione dell'art. 1745 cod. civ. il mandato accettato deve eseguirsi sino alla sua perfetta consumazione *sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet* L. 22 ff. *mand.*, il perchè, a prescindere da qualsiasi disamina sul se nel rincontro concorrano gli estremi per riconoscere nella Ditta Kellner la qualità di abituale rappresentante della Ditta Leflère di Parigi ai sensi degli art. 875 e 376 cod. comm., è sempre certo che la Corte di merito fece erronea applicazione dei principii che regolano lo istituto del mandato sia commerciale sia civile, allorquando venne a scindere le operazioni del mandatario per la riscossione del nolo, limitandole al solo pagamento del nolo, pria della consegna della merce e sconoscendo la rappresentanza di mandatario della Ditta armatrice e caricatrice della merce in ordine così alla somma definitiva dovuta alla mandante pel nolo stesso, come alla restituzione della parte del nolo indebitamente esatta sulla quantità di sabbia non consegnata. Nè vuolsi pretermettere che nel rincontro non si accenna a rinunzia nè a rivocazione del mandato; a tal che non è a dubitare che nè la Ditta Kellner e la rappresentante della Ditta Leflère armatrice in tutto ciò che si riferisce alla riscossione del nolo, al suo ammontare e alla restituzione della parte di esso in proporzione unicamente al minor prezzo della sabbia ricevuta. Arrogi che se la Ditta Kellner per virtù del mandato conferitole e che la Corte di merito non pone in dubbio, era autorizzata a trarre in giudizio la Ditta Dusmet destinataria della merce, per lo pagamento del nolo pria che si eseguisse la consegna della merce, non può non riconoscersi che nel mandato suddetto vi si comprende così l' obbligo di rappresentar la Ditta armatrice nel discarico e peso della merce, al quale si adempì dalla Ditta Kellner, come la determinazione della somma definitiva dovuta pel nolo dalla sua mandante in ragione della quantità della merce consegnata e di restituire il dippiù direttamente riscosso dalla Ditta Kellner riguardante l' altra parte del nolo per la merce

non ricevuta dalla destinataria Ditta Dusmet. Trattandosi dello stesso affare, la anticipazione del nolo prima della consegna della merce non può che ritenersi provvisoria sin quando non sia accertata la quantità della merce consegnata ed il corrispondente ammontare del nolo (art. 557 e 558 cod. di comm.).

Per tali motivi. La Corte cassa ecc.

18 Giugno 1903

Pres. SANTAMARIA—P. M. CAMMAROTA (concl. conf.)—Est. BURALI D'AREZZO
Arturi Vulcano - Palazzo

Filiazione adulterina — Incapacità a succedere — Dichiarazione scritta del genitore—Invocabilità da parte del terzo. Art. 187 e 193 n. 3 cod. civ.

Il terzo non può invocare contro il figlio adulterino la dichiarazione scritta del genitore di lui allo scopo di farlo dichiarare incapace a succedere. (1)

Osserva che obbietto della presente causa è la *vexata quaestio* sul se la esplicita dichiarazione scritta di paternità possa invocarsi soltanto dal figlio adulterino ed incestuoso nel fine esclusivo di ottenere gli alimenti ovvero

---

(1) Trattasi davvero d'una *vexata quaestio*. Poche dispute infatti hanno, come questa, così vivamente appassionato i cultori del dritto, ed arricchito la letteratura giuridica di studi pregevoli, comunque la tesi sia stata risolta.

Il quesito che gl'interpetri e la giurisprudenza si son proposti è questo: La dichiarazione di paternità adulterina ha l'unico effetto di attribuire gli alimenti al figliuolo, o può invocarsi contro di esso per privarlo delle liberalità conseguite con donazioni o *causa mortis*, oltre la prestazione alimentaria?

Reputati giuristi hanno opinato che la dichiarazione in parola, se ha effetto per gli alimenti, deve egualmente averne per impedire maggiori elargizioni in favore della prole adulterina od incestuosa, che pure è dichiarata incapace a succedere. A conforto di questa tesi, sostenuta da FILOMUSI GUELFI, PACIFICI MAZZONI, FULCI, CANNADA BARTOLI, PETRONI ecc. ed accolta da parecchie sentenze, tra cui son notevoli quelle della stessa Cassazione di Napoli 19 febbraio 1881, (*Foro Ital.* 1881 I. 612) e 17 dicembre 1886, (*Foro Ital.* 1887, I. 1181), su per giù si osserva che, pur essendo vietate le indagini sulla paternità, il legislatore ha ritenuto efficace l'accertamento dello stato di figliuolanza condannata, risultante da sentenza civile o penale, da matrimonio nullo o da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori (art. 193 cod. civ.) che questa disposizione, comprendendo in unico dettato tre ipotesi, dà a ciascuna eguale efficienza giuridica *per tutti gli effetti* da esse promananti — che gli art. 752, 767, 773 e 1053, sanzionando l'incapacità a succedere e ricevere per donazione contro i figli pei quali non è ammesso il riconoscimento, ed attribuendo loro soltanto gli alimenti a norma dell'art. 193, si riferiscono necessariamente a tutt'i casi da questo preveduti — e che, in conseguenza, possono i terzi provocare la esclusione dei figli adulterini ed incestuosi dalla successione, anche quando siffatta loro qualità risulti dalla sola dichiarazione dei genitori.

A queste fallaci argomentazioni hanno vittoriosamente risposto autori come il GABBA, il PAOLI, il BUNIVA, il BIANCHI, il VITALI e moltissimi altri, ed ora con la pregevole ed esauriente sentenza riportata nel testo risponde la Cassazione napoletana, revocando la sua giurisprudenza.

anche dal terzo interessato a farlo dichiarare incapace a succedere. Ora ad assolvere codesta disputa è opportuno rilevare che lo art. 189 cod. civ. espressamente divieta le indagini sulla paternità. Cotesto principio si fonda sopra

---

L'errore fondamentale della contraria teorica sta nello sconoscere i fini della legge ed equiparare per tutti gli effetti le ipotesi stabilite nell' art.° 193 — Nulla di più repugnante alla retta interpetrazione di essa, ed alla genesi di quest' articolo.

Posti, come punti di partenza, il divieto d'indagine sulla paternità e l' inammessibilità del riconoscimento pei figli nati da condannate unioni, occorre riconoscere che non poteva lo stesso legislatore di lì a poco consentire un riconoscimento sotto la forma, meno solenne, di una qualunque dichiarazione per iscritto dei genitori, e tanto meno poteva permettere che da essa traessero vita indagini già prima vietate. Doveva bensì preoccuparsi della condizione del figlio nato da siffatte unioni, in quanto era mestieri provvedere al sostentamento di lui, ed a quest'unico fine dettò il n.° 3 dell'art. 193 sulle orme del codice albertino che col capov. dell'art. 187 conferiva al figlio il diritto di valersi della dichiarazione espressa dei genitori per l' unico effetto di chiedere gli alimenti.

Ora è evidente che alle vietate indagini si sarebbe aperto il più largo varco quando ai terzi si fosse concessa facoltà di chiedere, a base della dichiarazione dei genitori, l'esclusione della prole della successione di costoro, dappoichè, valendo la dichiarazione meno del riconoscimento ed anche questo potendosi impugnare, si sarebbe permesso di accertare con ogni mezzo la verità o meno della dichiarazione stessa, a fin di stabilire se davvero da accoppiamenti delittuosi fosse nato il figlio, verso cui appariva convergere in più larga misura la pietà dei genitori. E, quando pure l'impugnativa non fosse consentita, si sarebbe data alla dichiarazione paterna la funzionalità di accertamento della figliolanza adulterina, permettendosi così, per altra via, quel riconoscimento di paternità, che già si era dichiarato inammessibile.

Da ciò la conseguenza irrecusabile che la dichiarazione di cui all'art.° 193 ebbe nello spirito e nella parola della legge unica portata, quella cioè di far conseguire in ogni caso al figlio adulterino gli alimenti, ed unica finalità, quella di favorirne la condizione, e non creargli invece una posizione svantaggiosa.

In tal modo la teorica di dritto si ricostruisce agevolmente. Il divieto delle indagini e del riconoscimento in tema di filiazione adulterina od incestuosa è la norma generale: la validità della dichiarazione dei genitori al solo fine degli alimenti costituisce il precetto di dritto singolare. Con frasi scultoree il Gabba nota in proposito: l' art.° 193 al. 3., lungi dall' essere una speciale applicazione del principio generale che, dato un effetto giuridico della prole adulterina o incestuosa, è dato il dritto a comprovare direttamente la relativa filiazione, è invece una deroga al principio generale contrario, è una disposizione eccezionale e singolare, concernente lo speciale effetto del dritto agli alimenti.

Dopo ciò, non occorre dilungarsi sull' osservazione secondo cui debbano pareggiarsi, perchè compresi in unico articolo, il caso della dichiarazione e quelli della sentenza o della nullità del matrimonio, sicchè, come per questi ultimi è interdetto al figlio adulterino od incestuoso ricevere per donazione o testamento, così debba egualmente accadere nell' altra ipotesi. L' equiparamento non può che riguardare un solo effetto, il dritto alla prestazione alimentaria, ed unicamente per esso sono le varie ipotesi codificate in un sol dettato di legge. Il legislatore ha, senza radicali innovazioni, voluto riprodurre il precetto del codice albertino, e non ha inteso

il rispetto alla costituzione della famiglia, sulla pubblica morale e su considerazioni di ordine e di vero ed alto interesse sociale; ond'è che in termini espliciti lo art. 189 cod. civ. ne proclama divieto fuorchè nei soli casi di ratto e di stupro violento, sempre quando il tempo di essi coincide con quello del concepimento; sicchè vi occorre sempre un fatto; non pure un fatto pubblico e delittuoso, ma che direttamente sia connesso al concepimento, dal quale venga a ritrarsi la gravissima presunzione di paternità contro il rapitore o stupratore che pel delitto da lui operato sia indegno di qualsiasi riguardo. Vero è che il codice Albertino coll'articolo 185 negava le indagini sulla paternità, fuorchè nel caso in cui l' individuo indicato qual padre del fanciullo si fosse per iscritto dichiarato tale, ovvero quante volte risultasse una serie di cure da lui date al fanciullo, a condizione però che nell' una o nell' altra ipotesi la relativa azione avesse a proporsi durante la vita del padre; ed è pur vero che la commissione del senato chiamata a dare il suo parere sul progetto del nuovo codice civile si avvisò in maggioranza seguire le orme tracciate dal dritto romano e dal codice sardo in ordine alle indagini sulla paternità; ma non è men vero, come si legge nella relazione sul vigente codice civile fatta a Sua Maestà dal Ministro Guardasigilli Comm. Vacca che, sebbene il partito accolto dalla maggioranza della commissione si presentava auspicato dai voti di taluni dei cultori della scienza giuridica e dai pietosi rispetti alla sorte della prole innocente, nullameno una tale innovazione non doveva guardarsi alla leggiera, ma era degnissima di attenzione e di studi per trattarsi di una innovazione al principio che vieta l' indagine della paternità fuori del matrimonio e che raffigura un' alta garenzia sociale posta a tutela del decoro e della pace delle famiglie, avendosi una tale garentia a considerare siccome salutare correttivo di quella inflessibile presun-

---

il bisogno di ripetere la locuzione « all' unico effetto » perchè tutto intero il contesto dello art.° 193 accennava al solo effetto del dritto agli alimenti.

Diversamente interpetrando la disposizione in esame, si assimilerebbe il caso in cui la prova dell'adulterinità od incestuosità risultasse da irretrattabile giudicato o dal fatto incontestabile della dichiarata nullità di matrimonio a quello di una semplice dichiarazione dei genitori, e però soggetta a contestazioni, e si sovvertirebbe quell'ordine e quiete delle famiglie, che si è avuto in animo di gelosamente custodire e proteggere.

Ben disse il Pisanelli nella memorabile arringa pronunziata nel 1872 innanzi alla Corte di appello delle Puglie in difesa dei signori Margarita « Lo art. 193 è un pietoso soccorso pel figliuolo derelitto che stenta ed implora gli alimenti dal disumano autore dei suoi giorni; ma non è un' arma posta in mano dei parenti legittimi per far ridurre le largizioni che eccedono gli alimenti, e soddisfare alla loro cupidigia. »

Potranno dall'applicazione di cosiffatta teorica verificarsi gl'inconvenienti scorti dai sostenitori della tesi contraria; ma nessuno inconveniente sarà maggiore del danno che l' interesse sociale reclamava scongiurare.

A questi concetti s' è ispirato il Supremo Collegio, e la sua pronunzia, notevole per nitidezza di esposizione, per efficacia di argomentazioni giuridiche e per opportuno ricordo dei precedenti legislativi, merita il più largo plauso.

Avv. E. de Filippis

zione di legge che sotto l' ombra del matrimonio attribuisce la paternità al marito della madre e nega ogni presidio di contraria prova per alte ragioni d' interesse sociale. Il Ministro Vacca nella relazione stessa prosegue così:

« Nè qui vuolsi tacere un'altra considerazione, ed è, che il buon senno legislativo raccomanda gelosamente la estimazione dello stato dei costumi e della pubblica opinione, innanzi di porre ad atto riforme legislative che si attengono in ispecialità allo ordinamento della famiglia.

« Il che essendo, non sarebbe lecito, divisando una si grave innovazione, dimenticare che una gran parte delle legislazioni d'Italia ormeggianti il codice francese si adagi ab antico sul sistema più severo, che riescì efficacissimo, a tutela dell' onore e del riposo delle famiglie, a sgomento delle arti ree e delle insidie della malizia speculatrice. S' interroghi adunque accuratamente lo stato della opinione pubblica in Italia, si faccia della quistione argomento di nuovi indagini e nuovi studii, e poi, se vuolsi, si rechi innanzi al potere legislativo una questione si ponderosa e che investe si grandi interessi sociali. Avremo allora una soluzione più matura, più rispettata e più autorevole del grave problema. » Laonde nel nuovo codice viene riaffermato il principio generale che, interdicendo le indagini sulla paternità ed il riconoscimento della prole adulterina, respinge la innovazione, che la maggioranza della commissione senatoriale proponea, di ammettere la pruova della paternità nella ipotesi di uno scritto emanante dallo individuo indicato qual padre del fanciullo in cui egli dichiarato avesse la sua qualità di padre, ed il progetto di legge presentato alla camera legislativa accerta ancora una volta che tranne i due casi di ratto e di stupro violento ogni altra innovazione diretta ad ammettere le indagini sulla paternità formar deve obbietto de *iure constituendo* mentre il *ius constitutum* espressamente lo divieta.

Che, alla stregua delle premesse cose, è agevole rilevare che la disposizione dell' art. 193 N. 3 cod. civ. non può che riconoscersi scritta a favore del figlio incestuoso od adulterino nel solo fine di dargli un'azione agli alimenti. Nello articolo suddetto invero, mentre si ripete per essi il diniego dello art. 187 di fare indagini sulla paternità e sulla maternità nel caso in cui il riconoscimento è vietato, si dispone d'altronde che il figlio adulterino ha sempre azione per ottenere gli alimenti nei casi così di ratto e di stupro come nell' altro di esplicita dichiarazione per iscritto del genitore.

Che, ad escludere il concetto di esser codesta aggiunta diretta a contraddire l'assoluto diniego così al riconoscimento della prole adulterina come alle indagini sulla relativa paternità; ed a ribadire il concetto che l'unica finalità di essa sia quella di assicurare unicamente gli alimenti alla prole vittima di colpe altrui, vi concorre non pure lo elemento storico sul riflesso che nell'art. 187 cod. Albertino quella aggiunta venne introdotta dopo essersi assolutamente proibite le indagini e il riconoscimento della filiazione adulterina nei seguenti termini: Potrà nondimeno il figlio valersi della dichiarazione espressa che ne fosse fatta dal padre o dalla madre per l'unico effetto di chiedere gli alimenti, ma eziandio la relazione del ministro Barbaroux, ove è scritto che non conveniva far risorgere le quistioni agitate nel codice francese, che gli alimenti son dovuti per dritto di natura da un padre, che, dopo essersi dichiarato autore dell' illecito nascimento, non possa negarsi al dovere degli

alimenti e che quella dichiarazione più che un riconoscimento nel senso di legge sia una confessione e debba concedersi perciò al figlio il mezzo di chiederli. Ma vi à dippiù: nel progetto ministeriale del codice vigente, essendosi omessa la disposizione che riproducea il capoverso del codice Albertino, il senatore Vigliani nella commissione senatoria propose l'aggiunta dell'art. 193 N. 3. sulle seguenti considerazioni, che scolpiscono la *mens legis* di codesta disposizione:

« Mentre la causa della morale e della decenza pubblica non solo interdice ai frutti dei condannati accoppiamenti ogni ricerca dei turpi loro genitori, ma li priva pur anche del beneficio del riconoscimento, la causa dell' umanità reclama tuttavia che, nei casi in cui la filiazione di cotesti sventurati viene ad emergere in modo indubitato senza la loro opera, ad essi si permetta di giovarsene, per ottenere gli alimenti dagli autori della loro misera esistenza. Il progetto fa menzione di due casi in cui la paternità o la maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale, oppure da un matrimonio dichiarato nullo; la commissione ne ha aggiunto un terzo, desunto dal codice Albertino, ed è quello in cui la paternità e la maternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori. Il negare in questo caso l' azione alimentaria sarebbe atto nonchè ingiusto, crudele. Ammettendo soltanto una dichiarazione dei genitori, spontanea esplicita e scritta, si rimuovono i pericoli che fecero escludere affatto la ricerca di una paternità o maternità che la legge preferisce d'ignorare e non vuole che sia fatta soggetto di vergognosa discussione davanti ai Tribunali. Non si tratta, del resto di tutti gli effetti di un riconoscimento, ma si tratta del solo diritto sacro degli alimenti, verso il quale la legge non può non mostrarsi assai indulgente ».

« Laonde, se non è a dubitarsi che codesta disposizione, con la quale si concede agli adulterini od incestuosi l' azione per gli alimenti in base della esplicita dichiarazione del genitore, è all' intutto eccezionale e di loro esclusivo vantaggio, ne segue che non pure non è dato estendere la eccezione alle regole generali oltre i casi e tempi in essa espressi, ma pel principio *beneficia non dantur invitis* non può imporsi ai figli adulterini o incestuosi di accettare la dichiarazione scritta di paternità adulterina e neppure può dalla stessa ritrarsi la prova di formale riconoscimento in loro danno, se essi dichiarano non volersi giovare della suddetta dichiarazione scritta, nè di conseguire in base di essa gli alimenti. Invano si obbietta doversi la dichiarazione scritta del genitore di che nello art. 193 n. 3 elevare a prova precostituita della filiazione adulterina o incestuosa, imperocchè è risaputo che la pruova precostituita si fonda sopra una presunzione di verità che non dà luogo ad indagini nè ammette ulteriori discussioni; epperò non potrebbe certo attribuirsi alla dichiarazione scritta del genitore la efficacia del riconoscimento di una figliolanza incestuosa o adulterina senza contraddire lo esplicito divieto dell'art. 180 cod. civ., mentre la dichiarazione suddetta non ha che unica finalità nè produce altro effetto che di procurare al figliuolo adulterino il mezzo di ottenere gli alimenti dovutigli per dritto di natura, e molto meno potrebbe alla dichiarazione scritta del genitore attribuirsi la efficacia di una confessione, quando il figlio adulterino non venga ad avvalersene.

Chiude il varco ad ogni contrario assunto lo estremo che non è dato presumere contraddizioni ed antinomia nelle disposizioni di legge, epperò, se pei detti art. 180 e 189 si divieta il riconoscimento della prole incestuosa ed adulterina e le indagini sulla paternità, tranne nei soli casi di stupro o ratto, esula lo assunto che abbia inteso il legislatore derogare all' uno e all' altro diniego nel caso in cui risulti la paternità da esplicita dichiarazione scritta del genitore, ma invece limitandone gli effetti soltanto agli alimenti nel favore della prole suddetta, se da un lato pei riguardi dovuti alla morale ed alla decenza si divieta ogni indagine su i turpi accoppiamenti dei loro genitori, dall'altro, in omaggio dei dritti di natura, dell'umanità e dell' equità si permette alla prole sventurata giovarsi della dichiarazione scritta del suo tutore solo per conseguire gli alimenti.

Laonde va rigettato il ricorso ed è mestieri condannare il ricorrente nelle spese ed alla perdita del deposito art. 541 cod. pp. cc.

Per siffatti motivi — La Corte rigetta il ricorso.

26 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. ROMANO.
Calabrò - Tripepi

Prova testimoniale dinanzi ai Conciliatori — Mancata determinazione dell' udienza per l' esame — Nullità : art. 453 cod. proc. civ.

Non è di rigore, nè imposto a pena di nullità, che il conciliatore, occorrendo esaminar testimoni, stabilisca l'udienza per l'esame. Al difetto può quindi riparare la parte (1).

(*Omissis*). Ben si appose la sentenza denunziata, ritenendo che la disposizione dello art. 453, secondo cui l'udienza per lo esame dei testimoni è stabilita dal Conciliatore, non è di rigore. Essa infatti non è imposta sotto pena

---

(1) Questa sentenza non ha, ch' io sappia, diretti precedenti giurisprudenziali. La legge dice che il conciliatore, quando *occorra esaminare testimoni, stabilisce la udienza per l' esame* (art. 453 c. p. c.), e quando *stimi conveniente* di sentire *altri testimoni*, provvede con ordinanza, stabilendo il giorno e l'ora in cui si dovrà eseguire la detta prova (art. 454). È facile dedurre da tutto ciò che il conciliatore può ordinare di ufficio la prova testimoniale (**Lessona**, *Man.*, n. 152 p. 172; **Mattirolo**, *Dir. giud. civ.* III, ed. 4ª n. 661), o almeno un completamento di essa; per il che non osta il divieto della rinnovazione dell'esame con *nuovi* testimoni, che si deduce chiaro, nei casi ordinari, dal combinato disposto degli art. 232, 233, 234 con l' art. 249 capov. 1° e 251 capov. 5 del cod. di proc. civ. La disposizione poi secondo la quale, tanto per l' esame principale, diciamo così, quanto per quello suppletivo, il conciliatore stabilisce l' *udienza* o il *giorno e l' ora* in cui si deve eseguire, trova riscontro in quella dell'art 420, che riguarda il procedimento davanti ai pretori. Per essa, « quando si faccia luogo a qualche *atto di istruzione*, per cui la causa sia rinviata, le parti sono rimesse *ad altra udienza fissa.* »

E poichè il procedimento davanti i conciliatori, per tutto ciò che non è regolato *espressamente* dall'apposito capo scritto nel codice di procedura civile, *prende norma*

di nullità, nè d'altronde costituisce una forma essenziale della natura e destinazione della prova orale, diretta ad accertare la verità per illuminare la coscienza del giudice.

Essa è tutto al più una forma accidentale, la cui inosservanza non toglie alla efficacia della prova.

In un procedimento, che si svolge innanzi ad una giurisdizione, che può

---

dalle disposizioni del capo che riguarda il procedimento davanti i pretori, *in quanto siano applicabili* (art. 464), a me sembra che per bene apprezzare la entità della disposizione surricordata, che attribuisce al conciliatore di stabilire l'*udienza* o il *giorno e l'ora* dell'esame, si debba proprio *prender norma* da quella dell'art. 420, che riguarda il procedimento davanti i pretori. Quindi si potranno bene dire inapplicabili: l'art. 232, che obbliga l'espletamento dell'esame in trenta giorni (cass. Firenze, 22 marzo 1900, *Legge*, 1900, II. 698); l'art. 233 capov. 1°, che obbliga la notifica dell'ordinanza che stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'esame almeno dieci giorni prima al procuratore dell'altra parte; l'art. 234, che obbliga alle parti reciprocamente la notifica della lista dei testimoni cinque giorni prima *di quello dell'esame* (cass. Firenze citata); ma non si potrà non sostenere che proprio il conciliatore, come il pretore, o quando dispone l'esame, o con provvedimento posteriore, debba stabilire l'*udienza*, o *il luogo*, *il giorno e l'ora* in cui l'esame si deve eseguire (art. 233 prima parte, 420, 453, 454 e 464 c. p. c.). La legge non commina espressamente la nullità; ma si tratta di disposizione che tiene al regolare andamento della causa, al corretto espletamento delle prove (cose essenziali per aversi una decisione rispondente a giustizia), e deve osservarsi. La iniziativa della parte in tanto potrebbe stare in quanto l'altra si fosse presentata al conciliatore senza nulla obbiettare.

Ma per regola, sarebbe illogico e antigiuridico lasciare all'arbitrio di una parte il fissare il giorno per lo espletamento di una prova testimoniale, mentre l'altra potrebbe trovarsi, per deficienza di tempo, impossibilitata, non solo a produrre i suoi testimoni, ma, quel che è peggio, ad accertare e far valere le ragioni, che pur le competono, di non far sentire quelli addotti dalla parte contraria, per le incapacità segnate all'art. 236 del cod. di proc. civ. (Mattirolo, loc. cit.; cassaz. Roma, 26 agosto 1898, *Cons. concil.* 1898, 174), o almeno di alligarli a sospetto (art. 453 c. p. c.). E si badi che se alla mancanza di tempo per produrre i testimoni, nell'udienza stabilita dall'altra parte, si potrebbe rimediare, chiedendo che il conciliatore usi della facoltà di sentirne altri (art. 454) e stabilisca un altro giorno; alla mancanza di tempo per accertare i motivi di incapacità o di sospetto, non vi sarebbe alcun rimedio nella legge. Bisognerebbe solo affidarsi alla prudenza del conciliatore, in quanto volesse differire la decisione della causa accettando una larga interpretazione del primo capov. dell'art. 450 del codice. Ma è bene lasciare una parte in balia di un poco equo rigore di un giudice, inesperto quasi sempre e spesso sospettabile, quando provvederebbe così bene, ad evitare ogni inconveniente, il giusto rigore della lettera della legge?

Così sostenendo non si va contro lo spirito della legge stessa, perchè si attua invece il suo chiaro dettato; non si creano forme rigorose, perchè si seguono solo quelle stabilite dalla medesima; non si perverte l'indole del procedimento, perchè non è vero in legge, ma è una di quelle frasi fatte, che si ripetono senza troppo badarvi, quella che il giudizio dinanzi ai conciliatori sia una *giurisdizione paterna*. Su ciò largamente altra volta: GALANTE, *A proposito del progetto Bonasi sulle sezioni di pretura*.

V. Galante

dirsi paterna, in un giudizio, che per espressa disposizione di legge si dibatte senza formalità, sopra dimande e difese esposte verbalmente, sarebbe contrario allo spirito della legge ed all'indole del procedimento crear forme rigorose, e moltiplicare atti, applicando senza necessità lo art. 233 scritto pei procedimenti innanzi i Tribunali, onde supplire ad una omissione del Conciliatore, cui ben poteva riparare, come riparò, la parte (*Omissis*).

10 luglio 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CIANCI DI LEO SANSEVERINO.

Comune di Barletta - Compagnia meridionale del gas

Cessione di appalto o cottimo — Tacita approvazione del comune — Questione di fatto. Art. 333, 334 e 337 legge op. pubb.; 71 reg. di contab. gen. dello St.; 17 reg. annesso alla legge 11 luglio 1889.

Visto di esecutorietà ai contratti — Ammessibilità di equipollenti. Art. 157 e 164 legge com. e prov., 76 del relativo reg.

Esecuzione forzata — Difetto di sistemazione di debiti e crediti risultante dal titolo esecutivo — Inammessibilità — Mancata motivazione — Affermazioni sfornite di ragionamento. Art. 360, 361 e 517 cod. di proc. civ.

A) *Anche quando la cessione del cottimo od appalto sia proibito, l'approvazione di essa può intervenire tacitamente ed ha forza di una accettazione espressa; ed il giudizio sull'esistenza di tale tacita approvazione è incensurabile in Cassazione.* (1)

B) *Il visto di esecutorietà ai contratti di appalto può essere supplito da equipollenti, come sarebbero il visto a bilancio e il rilascio dei mandati di ufficio da parte della G. P. A.* (2).

C) *Quando dallo stesso titolo esecutivo sorgono elementi che il preteso credito sia compensabile con altre ragioni creditorie spettanti* ex-adverso *al debitore, non può agirsi esecutivamente, sempre che dalle parti non siasi prima proceduto alla sistemazione del rispettivo dare ed avere* (3).

D) *Difetta di motivazione la sentenza che, di fronte ad una deduzione del debitore diretta a paralizzare l'azione esecutiva, si limiti a semplici affermazioni sfornite di ragionamenti* (4).

(Omissis) Considerando che col primo e secondo motivo si deduce la inefficacia giuridica del contratto 5 marzo 1891 rogato Ortona, giacchè la sostituzione della Società Meridionale al primo concessionario Beynard non fu

---

(1 a 4) La sentenza assai precisa ed elaborata merita di esser segnalata all'attenzione dei cultori di diritto. L'ultima massima non può che esser pienamente encomiata, come quella che richiama i giudici di merito alla stretta osservanza del precetto della discussione della causa, e per quanto abuso si faccia dai ricorrenti nel dolersi del difetto di motivazione, non è mai abbastanza largo il controllo e il sindacato che viene spiegato dal Supremo Collegio. Assai dubbia ci pare invece la penultima massima (C); imperocchè l'affermazione così recisa della sen-

approvata con deliberazione del Consiglio Comunale. Senonchè i giudici di merito rilevarono che, messo pur da un canto il contratto del 1891, era espresso legalmente il consenso del Municipio a quella sostituzione nella scrit-

---

tenza potrebbe significare quasi un motivo d'inammessibilità dell'azione esecutiva. Nella specie la società aveva nel titolo stesso la ragione e il fondamento giuridico della procedibilità esecutiva, cioè l'obbligo del canone dovuto dal Comune. Che se questo aveva pretensioni giuridiche da affacciare per multe accertabili a carico della Società, doveva prima procedere all'accertamento definitivo dell'esistenza ed ammontare di esse e poi opporle alla ragione creditoria dell'attore. Il concetto di elevare invece a titolo d'improcedibilità contro la società una siffatta omissione del comune non pare accettabile. La sistemazione e l'accertamento che la Corte richiede non è imposta preliminarmente da alcuna legge amministrativa e se il comune voleva paralizzare, in tutto od in parte, l'azione creditoria pel canone, avrebbe dovuto farlo coi procedimenti che il contratto o la legge gli additavano. Se non che questo rilievo resta attenuato dal fatto che la considerazione, che par di massima della sentenza, finisce per esser confinata in un modesto difetto di motivazione, che è poi la sola e vera ragione dell'annullamento. Ciò nonostante l'equivoco può sempre ingombrare la mente dei giudici di rinvio.

Assai dubbie appaiono pure la massima (A) della sentenza circa l'approvazione tacita della cessione di appalto e l'insindacabilità della valutazione dei fatti amministrativi compiuta dai giudici di merito.

Non neghiamo che il consenso del comune alla cessione, perchè questa sia giuridicamente efficace, possa desumersi da un complesso di fatti diretti alla dichiarazione della volontà collettiva dell'ente; ma in questi casi non siamo più nell'ipotesi di *consenso tacito*; ma di affermazione esplicita di volontà tratta da altri atti dell'ente stesso, oppure, come pare nella specie, di una vera *ratihabitio* amministrativa. La teorica del *consenso tacito* è assai pericolosa in riguardo agli enti pubblici sottoposti a forme e garentie e tutele delle leggi speciali; mentre quella degli *equipollenti* o della *ratiabizione*, ch'è pure assai delicata, non è certa inammissibile, purchè vi siano tutti gli estremi essenziali dalle leggi richieste per la validità d'una deliberazione *ex integro*.

Epperò non pare che la nostra Cassazione abbia esattamente deciso quando ha declinato l'onere di compiere l'esame del concorso di tali estremi, adagiandosi sulla convinzione incensurabile dei primi giudici; imperocchè altra è l'interpetrazione di volontà dei privati, altra quella degli enti pubblici, pei quali non basta la manifestazione della volontà, occorrendo che questa segua secondo le norme di legge. Avremmo perciò desiderato un riesame dell'efficacia giuridica degli atti singoli del comune, pur parendoci che la conseguenza ultima non sarebbe forse stata diversa da quella, cui pervenne il giudice di merito.

Ma è alla seconda proposizione (B) della sentenza che non sappiamo incondizionatamente aderire. Ammessa la esatta distinzione che la sentenza fa tra il *visto di legittimità* e quello di *esecutorietà*, e pure ammettendo, come dicemmo, anche in questo campo, la non facile dottrina degli equipollenti, non è nè logica nè giuridica la conseguenza di *validità* che la Corte deriva dall'esistenza del visto di *legittimità* e del *mandato di ufficio* deliberato dalla G. P. A. in sede tutoria, solo perché questa è presieduta dal prefetto cui la facoltà del visto è devoluta. Dispone l'art. 69 del regolamento che « le deliberazioni, gli atti e i conti, *per la cui validità la legge espressamente richiede l'approvazione di un'autorità superiore,* non sono *esecutorii,* QUANDO ANCHE MUNITI DEL VISTO, *se non interviene questa approvazione.* » E per l'art. 170 della legge comunale e provinciale è prescritto che « i

tura del 1877 e che l'approvazione successiva della Giunta Provinciale Amministrativa era insita nei provvedimenti emessi allorchè furono rilasciati alla Società i mandati di ufficio, per l'inadempimento del Comune agli obblighi contrattuali.

---

contratti non sono esecutorii senza il *visto del prefetto* o sottoprefetto, i quali debbono accertarsi che siano state osservate le forme prescritte ». Visto od approvazione quì suonano lo stesso.

Nè equipollente, che soddisfi all'esigenza della legge, può ritenersi l'emissione del mandato di ufficio da parte della G. P. A. ed a favore dell' appaltatore. La potestà della G. P. A. nell' emissione dei mandati di ufficio (art. 197 della legge e 73 regolamento 19 settembre 1899) è giurisdizionale, dà vita cioè ad una coazione interna, amministrativa, pari in effetto alla esecuzione giudiziaria e più efficace di questa, in quanto giunge sino ad allocare in bilancio la cifra che attribuirà poi al privato, mercè l'ordine al cassiere di pagare (art. 196 della legge). E la Giunta nell'espletamento di tale funzione non può prescindere dall'esaminare se *titolo esecutivo* esiste; onde quella Giunta mal fece a concedere l'esecuzione al titolo che non era reso *ancora esecutivo*.

Ma quando l'autorità giudiziaria dall'*errore* della Giunta vuol trarre argomento di *validità* dell' atto, compie un duplice e più funesto errore, non solo perchè subordina la sua azione all'erroneo precedente amministrativo, ma perchè confonde l' opera e l' azione del prefetto, come *autorità politica*, cui, per questa qualità soltanto, è deferita la facoltà del visto, con l'azione e l'opera del prefetto come membro, sia pure presidente, d'un *collegio amministrativo*, con funzioni tutorie e talvolta di vera giurisdizione. Or non è possibile nel sistema positivo confondere la *tutela* con *l' ingerenza governativa*.

Se non che riconosciamo subito che le incertezze dipendono più dal sistema legislativo, che dall' opera dello interpetre, in ispecie quando l'estensore è uno tra i più studiosi di diritto pubblico, il che, nei tempi che corrono, non è poco. Mentre infatti l' art. 170 della legge subordina l'esecutorietà dei contratti al *visto prefettizio*, l' art. 113 del regolamento 19 settembre 1899 concede al Prefetto la facoltà di negare il visto, sentito il consiglio di prefettura anche quando il contratto è regolare; cosicchè in pratica non si comprende se il contratto sia inefficace quando *manchi il visto* o soltanto quando siavi il *decreto di diniego*.

A me pare che il pensiero del legislatore sia questo: il prefetto *deve* accordare il visto di esecutorietà, quando il contratto è *regolare*, quando cioè si sono osservate esteriormente tutte le formalità imposte dalla legge, funzionando egli allora come la *sanzione sovrana* rispetto alla legge, per l'accertamento cioè dell'esistenza di tutti i requisiti esteriori della costituzionalità dell' atto parlamentare (Conf. MORTARA *Commento* vol. I § 111 e 113 pag. 116 e seg.); ma, oltre ciò, esercitando un potere discretivo tutto proprio, che il regolamento gli conferisce, può, sebbene l'atto sia regolare, negare il visto di esecutorietà, purchè la motivazione sia basata « su gravi motivi d'interesse pubblico e del comune e della provincia » come dice l'art. 113 del regolamènto.

Ma questa disposizione è stata ed a ragione ritenuta incostituzionale perchè nel decreto legislativo 6 luglio 1890 n. 7036 non si trova affatto, mentre il potere esecutivo l'ha aggiunta nel regolamento in contraddizione di tutto il sistema legislativo in ordine ai controlli dell'autorità tutoria e politica sui contratti comunali.

Veggasi la precedente sentenza della stessa Cassazione *13 febbraio 1902*; Comune di Castellammare c. Florio; est. Cianci; *Manuale degli Amm.* 1902 pag. 230; dove

Aggiunge la denunziata sentenza che il Municipio dal 1891 al 1900 aveva approvato i bilanci ed i conti consuntivi, in cui erano inscritte le somme per la illuminazione pubblica e perciò stesso attinenti a spese obbligatorie.

Sicchè, di fronte a coteste argomentazioni, mal si reggono le censure, che si muovono alla Corte di merito, circa le pretese violazioni degli articoli tanto del Codice comune quanto della Legge comunale e provinciale T. U. del 10 febbraio 1899, come pure degli art. 333, 334 e 347 della legge sulle Opere Pubbliche, dell'art. 71 del Regolamento di contabilità generale dello Stato, dell'art. 17 del Regolamento annesso alla legge 11 luglio 1889 n.° 6216 in relazione all'art. 92 del Cod. di comm. ed allo art. 517 n.° 2, 3 e 6 del Cod. di P. C. Perocchè la questione sollevata dal Municipio sul proposito fu decisa dalla Corte con puri apprezzamenti di fatto, non dominati da errori di diritto. A conferma di ciò, appena occorre rilevare che la cessione dell'appalto fu consentita a norma di legge dal Comune appaltante col contratto del 1877, ed ormai scrittori e giurisprudenza insegnano che, anche quando la cessione del cottimo o appalto sia proibita, tuttavia l'approvazione di essa può intervenire tacitamente ed in tal caso ha forza di un'accettazione espressa.

Ciò avviene quando l'Amministrazione appaltante avesse accettato il cessionario nella discussione dei conti, nella direzione dei lavori, nella transazione sulle liti sorte o da sorgere, e nella riscossione dei mandati di pagamento, anche quando il cessionario non avesse procura del cedente. La è questa certamente una delicata e difficile controversia, ma l'è sempre una *quaestio facti* che, decisa dai giudici di merito, non può riprodursi innanzi al Collegio Supremo.

Aggiungasi che nel caso concreto tanto più la Corte di Appello dichiarò valida la sostituzione della Società Meridionale Vesuviana al primo cessionario della illuminazione, inquantochè nella scrittura del 1877 il Municipio giuridicamente rappresentato dal Sindaco, non solo permise la cessione dell'appalto, ma, quel ch'è più, non richiese una nuova e formale deliberazione consiliare per la cessione medesima; onde per il rogito dei 3 marzo 1891 ed i fatti posteriori che si svolsero per un novennio, fra l'Amministrazione e la Società appaltatrice, *res incidit in eum casum a quo incipere non poterat*. Senza quindi ripetere ciò che innanzi fu già osservato, il Supremo Collegio ritiene che la denunziata sentenza non errò, affermando che alla cessione non mancò il consenso del Comune validamente espresso e prima e dopo dei 3 marzo 1901; onde la impresa della pubblica illuminazione a gas fu trasferita dal primo cessionario alla Società Anonima, di guisa che questa legittimamente prese il posto dell'appaltatore cedente e quindi, come trapassò nella Compagnia Vesuviana la responsabitità per le perdite, i rischi e pericoli, allo stesso modo si trasfusero in essa le alee di lucro, per la impresa ceduta.

---

fu risoluta una specie analoga ritenendosi che « il terzo contraente, che conosceva la mancanza del visto di esecutorietà, non possa far valere alcun diritto quando sopravvenga il rifiuto dell'approvazione ». Consultisi pure stesso *Manuale* 1901, pag. 111 e SUMMONTE, *Commento* 1902, pag. 250.

Avv. V. Marone.

Alla cessione insomma erano applicabili tutti i patti fra l'Amministrazione appaltante e l'appaltatore e concessionario primitivo M.r Beynard, e per ciò stesso tutte le clausole del primo contratto del 1877 non modificate da quello del 1891, salvo le speciali stipulazioni posteriormente aggiunte, potevano da un lato giovare e dall'altro essere opposte alla Società, come sarà detto più amplamente nello esame dell'ultimo mezzo di annullamento.

Di quì la ineluttabile conseguenza, che il primo e il secondo mezzo non reggono al martello della logica, e debbono respingersi.

Considerando che nel terzo motivo si accusa la Corte di Appello di aver ritenuto esecutivo il contratto del 3 marzo 1891, quantunque vi mancasse la vidimazione del Prefetto o del sottoprefetto. Egli è vero bensì che non bisogna confondere gli art. 164 l. com. e prov. e 157 cui si riferisce l'art. 76 del Regol. 10 giugno 1889, giacchè è ben distinta l'approvazione in genere delle deliberazione comunali, dall'approvazione dei contratti: per le prime è limitata la vigilanza dell'autorità prefettizia alla osservanza delle forme di legge; invece l' art. 76 del Regolamento del 10 giugno 1889, in relazione all' art. 157 Testo Unico dei 10 febbraio 1889, come pure l'art. 170 T. U. dei 31 maggio 1898 mirano ad una finalità diversa, per l'interesse speciale, economico e morale delle Amministrazioni municipali, circa le alienazioni, locazioni ed appalti, che l'autorità superiore della provincia deve attentamente esaminare, affinchè la vita amministrativa dei comuni non sia soggetta ad insidie per occulti maneggi. Senonchè, rispetto a questa formalità essenziale, voluta dallo art. 76 del Regolamento, in vigore all'epoca del contratto, e dall' art. 170 del nuovo T. U. siccome il legislatore non vi appose alcun termine di rigore, così la Corte di Appello non incorse in violazione di sorta veruna, appigliandosi alla teorica degli equipollenti, per cui ritenne che l' approvazione prefettizia al contratto del 1891 era implicita nell'approvazione dei bilanci, e nella spedizione dei mandati, provvenienti dalla Giunta Provinciale Amministrativa presieduta dallo stesso capo della Provincia. Posto ciò anche infondato sembra il terzo motivo del ricorso, nel quale si lamenta la violazione degli articoli sopra citati come pure dell' art. 11 del decreto 6 luglio 1890 N. 7036.

Considerando in riguardo al 4.° mezzo di annullamento, che il Comune con un capo speciale di conclusione dedusse in secondo grado che l' esecuzione forzata non poteva affettuarsi, perchè il preteso suo debito era incerto ed illiquido. Ed ora si duole che la Corte non si occupò della incertezza delle ragioni creditorie della Società, quantunque il debito del Comune non avesse potuto esser certo, di fronte agli art. 37 e 38 del contratto di appalto, in cui fu stabilito un diritto di credito del Comune stesso, da farsi valere, mercè detrazione sulle somme dovute alla Società. A queste ragioni fondate sullo art. 568 del C. di rito civile; il Comune aggiunge per sostenere la validità delle sue opposizioni, che la l. com. e prov. con precise disposizioni, ordina che l'Amministrazione prima di eseguire qualsiasi pagamento deve verificarne la causa legale, e solo quando sia giustificata la spesa, può liquidare il conto, onde se coteste disposizioni sono obbligatorie pel Comune, non possono non essere obbligatorie per ogni suo creditore, ai quali la legge offre pur sufficiente garenzia negli art. 171 e 174 Testo unico del 1889.

Considerando su questo proposito che non a torto l'Amministrazione ricorrente accusa la Corte perchè con difettiva e manchevole motivazione non abbia adempiuto all'obbligo impostole dalla legge in relazione degli art. 568 P. C. 2081 C. C. 360, 361 e 517 N. 2 e 3 P. C.

Ormai la giurisprudenza e la dottrina sono unanimi nel ritenere, che, se dallo stesso titolo esecutivo sorgono elementi, che il preteso credito sia compensabile con altre ragioni creditorie, spettanti *ex adverso* al debitore, in cotesto caso non sia lecito, in base al primo credito, agire in *executivis*, quando dalle parti non siasi prima proceduto al sistemazione del rispettivo *dare* ed *avere*. Sotto questo aspetto adunque, se nell'art. 88 della scrittura del 4 agosto 1877 riprodotto nel successivo contratto del 3 marzo 1891 fu stabilito che laddove il concessionario non avesse somministrata la illuminazione nel modo come fu determinata, si sarebbero prelevate le corrispondenti multe dalle somme dovute in proporzione della mancata o menomata accensione delle lampade e lanterne; ciascun vede che, in difetto di tale sistemazione fra il dare e l'avere dell' Amministrazione appaltante e della Società concessionaria, la Corte di Appello trasmodò nell' attribuire forza esecutiva all'istrumento stesso del 1891, quasichè racchiudesse intrinsecamente per sè medesimo e senza bisogno di elementi estrinseci, un credito reale, certo, determinato e liquido contro il Comune. La sentenza insomma su questo punto non esprime concetti logicamente e giuridicamente esatti, e limitandosi a semplici affermazioni sfornite di ragionamento per combattere le contrarie deduzioni lascia non poca incertezza sul convincimento dei giudici intorno alla liquidità del credito, per cui la Società agì coattivamente contro il Comune. Sicchè risolvendosi l'ambiguità delle considerazioni in difetto assoluto di discussione, intorno a ragioni fondamentali di difesa non può la sentenza sfuggire al chiesto annullamento.

Per queste ragioni—La Corte accoglie il ricorso.

27 Luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MANCINI (concl. conf.). Est. CIACCIA
Compagnoni - Comune di Avellino

Esecuzione su beni comunali — Difetto d' iscrizione del debito in bilancio. Non **ostacolo alla procedibilità** — Art. 1312, 1218, 1949 cod. civ., 589 cod. proc. civ. e 175, 180, 196 e 199 legge com. e proc.

Non è punto d'ostacolo all'esecuzione contro i comuni il fatto di non trovarsi il debito per cui si procede iscritto nella parte passiva del bilancio comunale (1).

La Corte osserva che la Ditta Compagnoni di Milano, per effetto del prestito fatto al Comune di Avellino con la privata scrittura 28 marzo 1877, essendo creditrice di lire 4627.50 per cuponi ed obbligazioni scadute in luglio

(1) La sentenza è perfettamente rispondente alla legge ed alla dottrina e nota assai opportunamente la differenza tra le disposizioni della legge speciale dirette al disciplinamento delle *facoltà* degli amministratori, che non possono erogare alcuna somma che non sia iscritta nel bilancio, e quelle del codice di diritto co-

1894, gennaio e luglio 1895, ottenne contro il Comune debitore sentenza di condanna del Tribunale di Milano in data 25 dicembre 1895.

Addì 8 maggio del successivo anno 1896 la Ditta Compagnoni si fece a notificare al Comune la suddetta sentenza insieme a precetto mobiliare, che rinnovò al 12 aprile 1897.

Il Comune si oppose all'uno e all'altro precetto; ma le di lui opposizioni furono rigettate con sentenza 2 ottobre 1898.

Indi la Ditta creditrice, mercè atti 9 gennaio, 17 febbraio e 9 marzo 1900, procedette a pegnoramento presso terzi debitori del Comune, quali conduttori di fondi patrimoniali del Comune e medesimo, e, mercè atto 13 aprile dello stesso anno presso l'esattore tesoriere del Comune stesso.

---

mune dirette alla tutela dei *diritti* dei creditori. Che se ci è da meravigliarsi di qualcosa è della cantonata presa dalla corte di appello con la sentenza cassata.

L' unica questione, invece, veramente interessante era quella circa il limite della pegnorabilità dei beni comunali, che la corte dice coverta dal giudicato, per difetto di ricorso del comune. Comprendiamo perfettamente che la corte non poteva esaminare la disputa per difetto di ricorso; ma abbiamo tutti i nostri dubbii nel ritenere che risollevandosi in sede di rinvio potesse validamente eccepirsi il giudicato, specialmente se la pegnorabilità non fu decisa con un capo speciale di sentenza, da reclamare il ricorso, ma formò piuttosto l'oggetto di un semplice argomento nella motivazione della sentenza stessa.

Nella prima ipotesi se si fosse richiamata l' attenzione del nostro Supremo Collegio su tale elegante disputa si sarebbero trovati larghi precedenti dottrinali e di giureprudenza. Gli uni e gli altri riassunsi in un mio studio *(La pegnorabilità dei beni comunali* FORO NAPOLETANO 1899 I. 153 e seg.) dove pervenni alla conclusione, che i proventi dei tributi fossero sempre impegnorabili e che per le rendite patrimoniali bisognava distinguere se fossero state o non iscritte nella parte attiva del bilancio per far fronte ai pubblici servizii di che nella parte passiva del bilancio stesso, dovendosi in questa ipotesi ammettere anche la impegnorabilità perchè si era di fronte a cespiti destinati a pubblici servizii.

In questi sensi esiste una sentenza del nostro supremo collegio 7 ottobre 1899 *Comune di S. Pietro al Tanagro* e *Cafaro* (*Gazzett. proc.* 268). Citiamo inoltre questi altri precedenti. Cass. Roma 22 maggio 1900 com. di Villaspiciosa e Sonna (*Corte suprema* 11, 135). La nostra Cassazione decise che fossero impegnorabili i mobili che arredeno la casa comunale, anche se di puro lusso e non necessarii ai bisogni del pubblico (19 maggio 1900. *Partone* e *Comune di Barletta* Giurispr. Ital. I. 1. 471). La cass. di Firenze decise, che i beni patrimoniali dei comuni, a differenza di quelli di uso pubblico, sono pignorabili, e che debbono considerarsi di uso pubblico quelli che riescono di generale vantaggio e di utilità evidente o servono ad ogni persona che lo voglia per l'oggetto cui sono destinati o sono sedi di chi compie pubbliche funzioni. (19 marzo 1900. *Comune di Livorno e Orefice*; Leg. I. 728). E la Cassazione di Roma decise, che non fossero pignorabili le rendite patrimoniali già introitate e quelle che, essendo prodotte dalle imposte, sono destinate a far fronte ai pubblici servizi (29 dicembre 1898 — *Rossetti e Comune di Altino;* Legge I. 617). Posteriormente la stessa cass. decise che fossero pegnorabili i proventi del dazio comunale di consumo, se per il pagamento di una spesa obbligatoria per il Comune e regolarmente iscritta nel bilancio — (4 maggio 1899 *Banca d' Italia e Comune di Valmontone*. L. II. 5).

V. MARONE

Nel frattempo, Angelo Bonajuto Fiz, possessore di due obbligazioni sorteggiate e di diverse cedole scadute del prestito suddetto, ottenne dallo stesso tribunale in data 16 giugno 1899, sentenza di condanna contro il comune di Avellino per lire 7373; e, passata tale sentenza in giudicato, nel 7 settembre dello stesso anno spinse precetto mobiliare, e nel 17 gennaio del successivo anno 1900 precedette a pignoramento presso terzi conduttori di fondi patrimoniali del debitore.

I terzi fecero le loro dichiarazioni, e nei relativi giudizî Fiz fece intervento in quelli sulla istanza della Ditta Compagnoni, e questa in quello sull'istanza del Fiz. Il Comune eccepì la nullità degli atti di esecuzione per la impegnorabilità dei beni e tributi comunali; onde il Pretore con tre distinte sentenze del 3 maggio 1900 rinviò le parti davanti al tribunale di Avellino.

Intervennero in causa i signori Nicola Sabatini ed Errico d' Euterio, creditori del Comune per la stessa causa, ed il signor Vincenzo Maggio, creditore per forniture di stampe.

L'adito Tribunale di Avellino con sentenza 26 luglio - 6 agosto 1900 riunì le tre cause, ritenne validi i pignoramenti; assegnò le somme dovute dai terzi a tutti i creditori sino alla concorrenza dei rispettivi crediti; dichiarò che al solo Sabatini spettava la preferenza sulle somme dovute dal Direttore delle poste e telegrafi di Avellino; rinviò le parti al pretore per la ripartizione delle somme; e mise le spese a carico della massa.

Se ne appellò il Comune per tutte le ragioni di prima istanza o per essersi dichiarate pignorabili le contribuzioni ed imposte presso l' esattore fondiario tesoriere del Comune, nonchè le rendite patrimoniali.

E la Corte di appello di Napoli, ritenendo che il gravame del Comune meritava di essere accolto, non già perchè le rendite patrimoniali del Comune e quelle allo stesso provvenienti da imposte non siano pegnorabili, sibbene perchè l'estinzione del debito del Comune, tuttochè costituisca opera obbligatoria, pure non era segnata nel bilancio dell' anno in cui seguì l'esecuzione con sentenza 19-23 novembre 1900 lo accolse, e, revocando la senteuza appellata, dichiarò nulli ed inefficaci i suriferiti pignoramenti eseguiti dai creditori Compagnoni e Fiz, compensando le spese dell'intiero giudizio nel rapporto di tutte le parti.

Contro tale sentenza, nel termine e modi di legge, ha prodotto ricorso per cassazione, la Ditta Compagnoni chiedendone lo annullamento pei seguenti due mezzi:

1° Violazione degli art. 1312 e 1218 del codice civile, 175, 180, 196 e 199 della vigente legge comunale e provinciale, perchè, dato che fosse necessario lo stanziamento vi era al momento della esecuzione forzata, come risulta dai fatti ritenuti con la stessa sentenza impugnata e dalla stessa applicati poi con manifesta violazione delle suriferite disposizioni della legge;

2° Violazione degli art. 1949 cod. civ. e 583 del cod. di p. c., perchè, anche indipendentemente da qualsiasi stanziamento in bilancio, l'esecuzione è valida, bastando all' uopo che il creditore sia munito di titolo esecutivo.

A tale ricorso della Ditta Compagnoni ha fatto adesione nei modi di legge l' altro creditore pignorante Bonajuto Fiz.

Osserva che, come già sopra si è detto, due sono le quistioni a cui i due

motivi dan luogo: la prima, se, posti i fatti ritenuti nella sentenza impugnata relativamente alla sorte dei bilanci precedenti e di quello dell'anno 1900 in cui avvennero le due esecuzioni mobiliari da parte della Ditta Compagnoni e di Friz, abbia la corte di merito violato le invocate e soprascritte disposizioni di legge concedendo efficacia giuridica ad una cancellazione dal bilancio del 1890, non solo avvenuta dopo i pignoramenti, ma opposta altresì e reclamata dalla Ditta Compagnoni; la seconda, se, indipendentemente da qualsiasi stanziamento in bilancio, ai creditori di un Comune, muniti di titolo esecutivo, sia interdetto di procedere sui beni dello stesso se prima non venga nei modi di legge iscritta in bilancio la relativa somma.

Di queste due quistioni la seconda, come ognun vede, è più importante, prescinde intieramente dai fatti avvenuti in quanto ai bilanci del 1900 e degli anni precedenti, ed è come pregiudiziale all' altra; onde a preferenza va esaminata e discussa da questo supremo magistrato.

Osserva che sia necessario innanzi tutto precisare bene i termini della quistione nella causa presente. Avendo la sentenza impugnata ritenuto che siano soggetti ad esecuzione mobiliare ed immobiliare tanto i beni patrimoniali dei Comuni che i provventi delle imposte, per tal parte si è costituito irretrattabile giudicato per mancanza di ricorso da parte del Comune; onde non resta che lo esame della quistione nei termini superiormente enunciati, vale a dire: se i creditori di un Comune, muniti di titolo esecutivo, possono procedere ad esecuzione quando il relativo loro credito non sia iscritto nel bilancio del Comune medesimo.

Basta porre la quistione in questi termini, in cui l'ha proposta la sentenza impugnata, per giungere ad una soluzione affatto diversa da quella a cui pervenne la corte di merito; soluzione diversa seguita oggi, se non uniformemente, di certo dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti.

Da un canto, di fatti, l'articolo 1949 del codice civile prescrive che i beni del debitore sono la garentia comune dei suoi creditori, e dall'altra il codice di procedura civile, che nel secondo suo libro detta le norme dell'esecuzione forzata, ripete nell' articolo 583 più specificamente il detto precetto del codice civile, prescrive nell'art. 553 che l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo, e nell' art. 562 soggiunge che l' esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione al debitore del titolo esecutivo e del precetto. Se, adunque, per l'esecuzione forzata la legge non prescrive che delle condizioni, e se non si dubita e non si è dubitato che la Ditta Compagnoni e Fiz vi adempirono, la esecuzione da essi compiuta coi pignoramenti risponde alle condizioni della legge e fu quindi legale.

Una prima ragione di dubitare trasse la sentenza impugnata dalla qualità di persona giuridica nel Comune, e quindi dall'art. 2 delle disposizioni preliminari del codice civile; ma ad allontanare al riguardo qualsiasi dubbio basti il considerare che le persone giuridiche, se hanno dei diritti come le persone fisiche, hanno altresì al pari di queste dei doveri; e non saprebbesi comprendere come, perchè e per virtù di qual legge ed uso un Comune debba essere considerato in un modo quando è creditore, ed in altro modo quando è debitore. Come creditore, anzi, gode per la riscossione delle sue rendite alcune forme privilegiate tassativamente determinate dalle diverse leggi; ma come

debitore, nessuna disposizione di legge lo sottrae dal diritto comune a tutti i debitori.

Questo privilegio o beneficio, quello cioè di sottrarsi, in quanto alla esecuzione dal diritto comene, invocato dal Comune di Avellino e sanzionato con la sentenza impugnata, veniva bensì riconosciuto, comunque in termini ben diversi e più ristretti, da alcune leggi speciali imperanti prima del 1865 nei diversi stati italiani, e, per tacere di altre, nella legge 27 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo per il Reame delle due Sicilie giusto gli art. 27 e seguenti di essa; ma nessuno oserebbe oggi affermare che di seguito ai nuovi ordinamenti politici ed amministrativi, ed abolito con la legge 20 marzo 1865 il contenzioso amministrativo, quel beneficio, allora chiamato di competenza o di sospensione, sia rimasto non solo in vita, ma altresì ampliato ed allargato.

Nè questo beneficio o privilegio o sottrazione dal diritto comune, può, come ha fatto la sentenza denunziata, desumersi e crearsi con gl' invocati articoli 175, 176, 180, 181, 196, 197, del testo unico della legge comunale e provinciale approvato con regio decreto 4 maggio 1898; avvegnachè a simile argomentazione, non di certo nuova, siasi trionfalmente già risposto e giova qui ripetere, che, così facendo, si confondono fra loro due cose affatto distinte. Le suriferite disposizioni della legge comunale riguardano non già la esecuzione forzata, la quale va unicamente regolata dal codice civile e dal codice di procedura civile, ma bensì la finanza e contabilità comunale e la vigilanza ed ingerenza della superiore autorità amministrativa sull'amministrazione comunale. Il creditore, che munito di titolo esecutivo non è pagato dal Comune non è obbligato ad indagare se la somma occorrente al pagamento sia stata o non stanziata nel bilancio, nè ha il dovere di ricorrere alle superiori autorità per lo stanziamento e rilascio del mandato, tutte queste formalità, che governano la vita interna, la finanza e contabilità comunale, non lo riguardano e non lo possono riguardare senza una espressa disposizione, la quale esisteva prima del 1865 in alcune leggi amministrative sibbene in termini assai ben diversi e più ristretti di quello che ora si pretenderebbe in base alla vigente legge comunale, come già superiormente si è notato, ma manca affatto nella legge vigente; e tale mancanza trae con sè la naturale quanto necessaria conseguenza giuridica che l'esecuzione forzata contro il Comune prende norma unicamente dal codice di procedura civile, sia in quanto ai beni capaci della esecuzione, sia in quanto alle forme del procedimento esecutivo, senza bisogno della preventiva iscrizione in bilancio della somma per cui si procede.

Nè, infine, questa preventiva iscrizione in bilancio può nella causa presente desumersi dall'art. 14 della scrittura privata di prestito 28 marzo 1877, sia perchè quella clausola ripetente le suriferite disposizioni della legge comunale pare affatto superflua, come la stessa sentenza impugnata ha ritenuto per l'altra clausola, del contratto, con la quale il Comune garentì lo esatto pagamento della sua obbligazione con tutti i suoi introiti diretti ed indiretti e sopra tutti i beni di sua proprietà, sia perchè quella clausola costituiva per il creditore una facoltà e non già un dovere, e sia in fine perchè le norme

della esecuzione forzata, la quale importa l'intervento della suprema autorità dello stato, non possono formare obbietto delle private stipulazioni.

Omissis. Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

26 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. ABATEMARCO
Zicarelli — Cavallo

Simulazione — Figlio donatario del disponibile — Accettazione dell' eredità — Conseguenze rispetto agli atti simulati del dante causa.

Il figlio, donatario del disponibile non può opporsi di terzo al giudicato che fu effetto della simulazione del genitore donante, se accettò l' eredità del medesimo.

Parimenti non può impugnare di simulazione alcun atto del proprio autore se non per integrare soltanto la legittima (1).

Il terzo e quarto mezzo che si avvicinano nella loro finalità possono insieme discutersi.

Da quanto è innanzi esposto desumesi che il Vincenzo Cavallo fu donatario del disponibile da parte della madre ed aperta la successione di costei, non avendo rinunziato all'eredità per ritenere il dono, vi concorse anche per la sua legittima; di guisa che egli rappresentava come erede, la parte disponibile, e la legittima, ed in tal qualità continuava e sosteneva la persona della madre defunta, e rispetto all' eredità medesima non era un estraneo creditore cui poteva spettare il diritto dell'opposizione di terzo, la Corte, negandogliela, non merita quella censura che perciò le fa la ricorrente col terzo mezzo.

La censura invece cade con ragione sulla confusione in cui la Corte cade quando attribuisce al Vincenzo Cavallo il diritto di proporre l'azione di simulazione e frode contro il credito della Zicarelli tanto per la sua qualità di donatario, quanto di erede legittimo. Se la Corte si fosse fermata a questa seconda ragione sarebbe stata incensurabile, perchè l' erede che reclama la legittima esercita un diritto garentitogli dalla legge, e quindi da questa attinge la sua azione ad impugnar gli atti del suo autore compiuti in fraude, ma essa ha voluto estender questo diritto anche alla qualità di donatario, dimenticando che il successibile, per assumer la figura di terzo donatario, deve rinunziare all'eredità, ma quando egli l'ha accettata, la donazione si deter-

(1) Dottrina e giureprudenza sono costanti nell' ammettere la massima propugnata anche questa volta dal Supremo Collegio. Il legittimario fu sempre ritenuto come *terzo* per quanto riguarda la sua quota di riserva (cfr. MIRABELLI *Il diritto dei terzi* vol. 1° pag. 437 e segg. e, per la giureprudenza più recente del nostro Supremo Collegio, le decisioni 17 maggio 1898 in *Dir. e giur.* XIV 17 e 18 dicembre 1899 in *Mov. giur.* 1899, 440). In quest'ultima decisione fu pure ritenuto che il riservatario può dedurre la simulazione anche senza la controscrittura (contra v. FERRARA La simulazione § 134).

mina come quota sul disponibile e si costituisce la qualità di erede, che vieta d' impugnare gli atti del proprio autore.

Se la Corte avesse fatta codesta distinzione avrebbe limitata l' azione di simulazione e frode soltanto a far rimanere integro il dritto dei legittimarii senza renderlo comune alla integrazione della donazione già fatta sul disponibile a Vincenzo Cavallo.

Il 4. motivo del ricorso, che tale erronea confusione rilevando, denunzia per l' annullamento tal parte della sentenza, merita accoglimento col conseguente rinvio ecc.

Per tali motivi. La Corte cassa e rinvia.

3 luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Est. BIANCO.
Colella — Milano

Ricorso per cassazione—Deposito di multa — Pluralitá di contendenti: art. 521 cod. proc. civ.

Appello incidentale — validitá dell' appello proposto con comparsa contro l'appellante da chi ha comune l' interesse con l' appellato: art. 487, 488 e 469 cod. proc. civ.

A) *Basta, per ricorrere in cassazione, un solo deposito di multa anche quando il ricorso sia contro più contendenti, ma unico sia il fatto per cui fu promosso il giudizio, unica la domanda, unica rimase la contestazione ed unico l' interesse in contesa* (1).

B) *L'appello incidentale si propone bensì dall'appellato in confronto dell'appellante ; ma se nel giudizio di appello, proposto contro uno degli avversari di prima sede, interviene l'altro, creditore di costui, e, con comparsa, propone appello incidentale, ripetendo le conclusioni del suo debitore e mostrando interesse nella lite, questo appello non è inammessibile, perchè in sostanza si riduce ad un intervento per aderire alle conclusioni dell'appellato: il che era indubbiamente consentito* (2).

(Omissis) A) Che la eccezione va respinta. La legge, è vero, prescrive che ogni ricorso per Cassazione debba essere preceduto dal deposito di cui allo art. 521, meno nei casi ivi specificati.

---

(1)-(2) I. Intorno al deposito di multa per ricorrere in cassazione v'è stata sempre una ricca messe di questioni, e non si cessa mai di riproporne anche sotto specie decise già tante altre volte. Chi voglia avere una idea di tutto ciò basta che riscontri le molte massime riassunte anno per anno nel *Repertorio* del *Foro Italiano,* alla voce *cassazione civile*, sotto *deposito di multa.*

Poichè al deposito prescritto per ricorrere in cassazione (art. 521 c. p. c.) sono applicabili le disposizioni dettate dall'art. 500 pel deposito prescritto per ricorrere in rivocazione, è chiaro che, nell'uno come nell'altro caso, basti un solo deposito per più ricorrenti aventi lo *stesso* interesse, ossia per *titolo* ed *oggetto* identico (cass. Torino, 17 luglio 1899, *Giur. Tor.* 1899, 1236, 23 febbraio 1898, *Proc.* 1898, 439, 26 luglio 1898, *Giur. Tor.* 1898, 1289, 16 agosto 1898, *Proc.* 1898, 690; cass. Palermo, 28 marzo 1899, *Foro sic.* 1899, 242, 18 aprile 1899, *Foro sic.* 1899, 415;

Ma è pur vero che una generale giureprudenza di questa e delle altre Corti regolatrici, insegna che basti un solo deposito di multa pel ricorso, se, benchè più sieno i contendenti, unico sia il fatto per cui fu promosso il giudizio,

---

cass. Napoli, 23 marzo 1899, *Foro napol.* 1899, 102, 18 nov. 1897, *Mov. giur.* 1897, 418, 27 luglio 1897, *Foro ital.* 1897, 1331). E recentemente la cassazione di Firenze (5 marzo 1903, *Giur. ital.* 1903, I, 1, 534) ha deciso che basta pure un solo deposito a più ricorrenti, che abbiano per un capo interesse comune nell' impugnazione della sentenza, *quantunque poi in altri capi i loro interessi sieno distinti.* Per l' unico deposito, dice la suprema corte, non si richiede un interesse identico in tutti i dispositivi della sentenza impugnata, ma basta che in uno di essi si incontrino e congiungano per le stesse ragioni gl' interessi dei ricorrenti.

A fortiori un solo deposito deve ritenersi sufficiente per ricorrere in cassazione, quando, ferma sempre la *identità* dell' interesse, uno sia il ricorrente contro più contendenti (cass. Torino, 26 giugno 1899, *Giur. Tor.* 1899, 1121, 20 luglio 1899, *Giur. Tor.* 1899, 1233, 17 dic. 1898, *Giur. Tor.* 1898, 129, 25 marzo 1897, *Giur. Tor.* 1897, 616, 4 febbraio 1895, *Temi gen.* 1895, 130). In questo caso anzi è stato deciso più volte che basti un solo deposito, ancorchè si ricorra contro più persone aventi interesse *diverso* (cass. Palermo, 3 luglio 1900, *Circ. giur.* 1900, 257, 7 febbraio 1899, *Procedura*, 1899, 273; cassaz. Firenze 5 febbraio 1900, *Annali*, 1900, 114; cassaz. Torino, 19 marzo 1900, *Giur. Tor.* 1900, 410; cassaz. Roma 6 ott. 1897, *Legge* 1897, II, 795, 9 dic. 1896, *Annali,* 1897, 71. Contra: cassaz. Torino, 30 marzo 1897, *Giur. Tor.* 1897, 664, 25 giugno 1896, *Giur. Tor.* 1896, 455, 7 novembre 1895, *Foro ital.* 1896, 472, 11 dicembre 1895, *Foro ital.* 1896, 69, e da ultimo: cassaz. Roma, 6 aprile 1903, *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 532), o almeno quando si facciano valere *mezzi distinti* contro di ciascuno (cassaz. Roma 21 dic. 1898, *Mon. giur. bol.* 1899, 33; cassaz. Napoli, 20 aprile 1895, *Dir. e giur.* I, 54. Contra: cassaz. Napoli, 16 marzo 1899, *Foro napol.* 1899, 89; cassaz. Torino 22 maggio 1899, *Filangieri,* 1899, 679). La cennata giurisprudenza rigorosa si fonda sul concetto che nei detti casi il ricorso appare unico nella forma, ma nella sostanza si risolve in tanti gravami quante sono le persone contro cui è diretto; e perció, per essere ammissibile, sono necessari altrettanti depositi, di cui ciascuno possa seguire la sorte, che nei rapporti dei diversi interessati sarà per toccare a ciascun gravame. E la sentenza 6 aprile 1903 della cassazione romana, estesa dal compianto consigliere Ianigro, aggiunge: « Cotesto concetto, già chiaro per sè, diventa di una evidenza intuitiva quando si consideri che, ove si ammettesse la unicità del deposito, e il ricorso si dovesse rigettare nel rapporto di alcuna delle parti resistenti ed accogliere in quanto alle altre aventi un interesse affatto distinto e diverso, si dovrebbe ad un tempo ordinare la perdita e la restituzione dello stesso deposito, il che è assurdo. » Ma, con tutte queste ragioni, non può la giurisprudenza più benigna non trovare, come di fatto ha trovato, maggior consenso di scrittori e di giudici. La direzione della *Giurisprudenza italiana*, annotando la sentenza 6 aprile 1903 della cassazione romana, opportunamente scrive che « se si vorrà riflettere che la multa è una pena che colpisce *la persona* del ricorrente, per la colpa di essersi ingiustamente doluto della sentenza di appello, e che questa pena la legge stessa vuole non applicata, per giustizia e per equità, appena che sia *in minima parte giustificata la doglianza*, ognuno capirà la differenza profonda, assoluta, fra il caso *di più individui ricorrenti* e quello di *un solo ricorrente contro più avversarii.* »

II. Molto delicata è la seconda questione, la quale mi sembra decisa esattamente dalla suprema corte napoletana, sebbene, a prima vista, il modo come essa ha mo-

unica la domanda, unica rimase la contestazione, ed unico l' interesse in contesa.

Or evidentemente siffatte condizioni non sono nella lite, che sulla validità o meno del sequestro giudiziario, si agita tra il Colella ed il Sandulli, nella quale intervenne il Milano, creditore di costui, a pura e semplice tutela dei suoi diritti creditorii, nulla chiedendo nel suo particolare interesse, che terrebbe, invece, comune al Sandulli. Eseguendo un unico deposito, adunque, il Colella si uniformò alla legge ed alla giureprudenza, ed il ricorso, contro cui vanamente si oppone la inammessibilità di procedura, deve essere discusso nel merito.

B) Che a codesta discussione i tre mezzi dedotti mal reggono, e vanno di conseguenza respinti.

Nel primo in effetti, enuncia il ricorrente un concetto giuridico esatto, affermando che l' appellato può proporre appello per incidente in confronto con lo appellante, non colui, che respinto nelle sue domande, si faccia ad impugnare le decisioni dei primi giudici, con gravame incidentale, nei rapporti di altra parte appellata, e punto appellante.

Ma, nella specie, codesto principio non sarebbe stato vulnerato.

Il Milano avea comune, anzi identico, l' interesse col Sandulli, del quale, come creditore, caldeggiava le conclusioni, nulla chiedendo per sè.

Egli indipendentemente da quello che avea ritenuto il Pretore sul di lui intervento, per l' indentità appunto di questo interesse, avea ben il potere di intervenire nel giudizio di appello, per tutelare i suoi diritti, ed aderire alle conclusioni del Sandulli, suo debitore.

Or questo egli fece nella sostanza delle cose; perocchè si presentò al Tribunale, con la sua comparsa conclusionale, ripetendo le conclusioni del Sandulli, e mostrando il suo interesse nella lite.

L'essere stata da lui pronunziata la parola di accoglimento del suo appello per incidente, nella specie, a nulla di pratico approdava, stantechè non fece in guisa veruna deviare lo svolgersi della lite, e, appunto pel tenore delle conclusioni, nulla rimetteva in quistione, che fosse stato per avventura deciso dalla sentenza del Pretore. A tutto questo non è inutile aggiungere, che

---

tivato tale decisione, faccia sorgere qualche dubbio. Nella sostanza si tratta di un caso a cui andrebbe applicato l'art. 469 del codice, secondo il quale « quando le parti che abbiano interesse ad opporsi alla domanda di riforma o di annullamento di una sentenza siano più, la domanda si deve proporre contro tutte. Se la domanda siasi proposta contro di alcune soltanto delle parti interessate ad opporsi, il giudizio si deve integrare coll' intervento delle altre, salvo che, trattandosi di cosa divisibile, quegli che propone la domanda dichiari di accettare la sentenza. » Non era quindi discutibile lo intervento anche erroneamente qualificato *appello incidentale*: si sarebbe dovuto disporre di ufficio la integrazione se non fosse avvenuta per volontà di chi la fece. Non sarebbe stato discutibile neppure se chi la fece non fosse intervenuto in prima sede: perche egli, come creditore, potendo avere diritto di fare opposizione di terzo (art. 512 c. p. c.), avrebbe avuto quello di intervenire la prima volta in appello (art. 491 c. p. c.).

V. Galante.

il Tribunale non fa sua la frase del Milano , di accogliersi il gravame incidentale, ma emette i provvedimenti chiesti dall'appellante in principale Sandulli nei rapporti del Colella appellato, pur accennando, in formola generale, all'appello del Milano. Se dunque questi poteva intervenire in seconde cure, se nulla chiese per sè , aderendo puramente e semplicemente alla richiesta del Sandulli , la forma, o anche meglio , il vuoto formalisimo delle parole , non può distruggere la sostanza delle cose, e quel che costituisce la essenza dei procedimenti litigiosi — *(Omissis)*.

26 giugno 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CAMMAROTA (concl. diff.) — Est. PETRUCCELLI
Salerno - Caracciolo

Atto d'appello—Notificazione al domicilio eletto—Domanda di collocazione—Suo effetto interruttivo della prescrizione.

A) *Ai termini degli art. 486 e 367 cod. proc. civ. l'atto di appello va notificato alla parte avversa nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato nell'atto di citazione, o negli atti di cui agli art. 158 n. 2 e 159 n. 2 del ripetuto codice* (1).

---

(1) La massima, che risponde esattamente al testo degli art. 486 e 367 cod. proc. civ., non ha bisogno di commenti; e la giurisprudenza è concorde nel ritenere la nullità dell'atto di appello intimato non nel domicilio eletto o dichiarato nel primo grado del giudizio , ma in quello reale o in quello dichiarato nell' atto d' intima della sentenza o nel precetto, perchè l'indicazione del domicilio o della residenza fatta nell'atto di notifica della sentenza o nell'atto di precetto non muta il domicilio eletto precedentemente in causa. V. in tal senso : **Cass. Napoli** , 13 ottobre 1886, *Legge,* 1887, I, 228, 7 gennaio 1891, *Legge,* 1891, II, 411, e 11 giugno 1898, *Trib. Giud.*, 1899, pag. 3; **Cass. Firenze**, 3 agosto 1882, *Temi Veneta,* VII, 450; 28 novembre 1898, *Legge* 1899, I, 710, e 20 giugno 1901, *La Procedura,* 281; **Cass. Roma**, 20 febbraio 1884, *Legge,* 1884, II, 221, e 19 agosto 1886, *Giur. it.,* XXXIX, I, 36; **Cass. Torino**, 24 gennaio 1893, *Giur. it.,* 1893 , I, 1 , 330, 8 aprile 1893, *Mon. Trib.*, 1893, 782, 3 giugno 1896 , *Giur. it.* , I, 1, 1060, e 9 dicembre 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 102; **App. Genova**, 27 dicembre 1899, *Legge,* 1900, I, 446, e 4 luglio 1902, *Legge,* 1902, II, 414; **App. Torino**, 5 giugno 1899 , II, 17 , ecc.

Nella specie esaminata poi dalla Corte Suprema, per una delle copie dell' atto di appello vi era anche un'altra ragione che concorreva a farne ritenere la validità, quella cioè che essa era stata data alla persona propria di uno degli appellati, sicchè se pure gli fosse stata consegnata nel domicilio reale, sempre la notificazione sarebbe stata fatta validamente. Infatti la notificazione fatta alla persona propria della parte è la migliore fra tutte le notificazioni, come quella che dà la certezza che la notificazione raggiunse il suo scopo, facendo pervenire nelle mani della persona l'atto che le si doveva notificare, laddove tutte le altre notificazioni non ne inducono che la semplice presunzione. V. in tal senso: **Cass. Napoli** , 8 febbraio 1898, *Dir. e giurispr.*, 1897-98, 329 ; **Cass. Torino**, 29 dicembre 1870, *Giur. tor.*, 1871, 116-117, 2 febbraio 1872, *ivi*, 1872 , 247 , 20 marzo 1882 , *ivi* , 1882 , 481, 25 marzo, 5 maggio e 22 ottobre 1885 , *ivi* , 1885, p. 355 , 378 e 781, 3 febbraio 1886 , *Legge*, 1886, I, 704, 30 aprile 1888, *ivi*, 1888, 468, 14 febbraio 1894, *ivi*, 1894, p. 651; **Cass. Firenze**, 18 febbraio e 3 agosto 1878, *Legge*, 1878, I, 360, e

B) *La domanda di collocazione avanzata nel giudizio di graduazione interrompe la prescrizione; nè è necessario che essa sia notificata al debitore, sia perchè tale notificazione non è richiesta dalla legge, sia perchè il debitore si considera sempre presente nel giudizio stesso* (1).

(*Omissis*). La Corte osserva in diritto:

A) Che col primo mezzo del ricorso si sostiene che sia nullo l' atto di appello perchè notificato nel domicilio reale dei ricorrenti in Orsomarso, e non già in quello da loro eletto in Verbicaro, cioè nella notificazione della sentenza appellata.

Ritenne in fatto la Corte di merito che, con l' atto di opposizione al precetto, avendo dichiarato i Salerno il loro domicilio in Orsomarso bene il Caracciolo aveva notificato ivi l'appello. E non errò la medesima Corte, perocchè ai termini dell'art. 486 del codice di procedura civile lo appello deve proporsi con atto di citazione e notificarsi come la sentenza, giusta l'articolo 367 dello anzidetto codice, alla parte avversa nella residenza dichiarata, o nel domicilio eletto o dichiarato nell' atto di citazione, o negli atti di cui è

1879, I, 46, 26 febbraio 1891, *ivi*, 1891, 2, 478, 19 luglio 1894, *Filangieri*, 1894, 2, 584; **Cass. Roma**, 18 maggio 1883, *Legge*, 1883, 2, 201, 15 maggio 1893, *Giur. it.*, 1893, 529; **App. Venezia**, 19 aprile 1875, *Giorn. Trib.*, IV, 148, e 12 febbraio 1879, *Foro*, IV, 271; **App. Torino**, 26 giugno 1875, *Giur. tor.*, 1875, 562, 21 ottobre 1878, *Giorn. delle leggi*, 1879, 102, 12 marzo 1889, *Giur. tor.*, 1889, 408, 24 marzo 1890, *ivi*, pag. 372; **App. Perugia**, 13 gennaio 1869, *Ann.*, III, 2, 36; **App. Trani**, 30 aprile 1897, *Giur. it.*, 1897, indice, col. 17; **App. Milano**, 15 giugno 1901, *Mon. Trib.*, 753; **App. Genova**, 27 dicembre 1899 già cit.; **Trib. Bari**, 28 novembre 1900, *Dritto e giur.*, XVI, 931.

(1) Anche sull'esattezza della seconda massima proclamata dal Supremo Collegio non può muoversi dubbio alcuno.

La questione si è fatta se nelle more dei giudizii di espropria e di graduazione resti interrotta la prescrizione pei creditori che *non* abbiano presentato la loro domanda di collocamento, e tale questione è stata variamente risoluta a seconda che si è voluto dare a quei giudizii un carattere più o meno universale e d'interesse più o meno collettivo.

Ma quando il creditore, diligente nel badare alla conservazione e tutela dei suoi diritti, presenta la sua domanda di collocazione, non v' ha dubbio che una tale domanda abbia, in virtù degli art. 2125 cod. civ. e 37 cod. proc. civ., forza interruttiva della prescrizione (V. conf. **Mirabelli**, *Della prescrizione*, Napoli, 1893, n. 72 e 109; **Ricci**, *Corso di dir. civ.*, vol. V. n. 185; **Cass. Napoli**, 27 aprile 1876, *Gazz. Proc.*, XI, 173, e 24 settembre 1901, *Dritto e Giur.*, XVII, 297; **App. Bologna**, 14 marzo 1902, *Legge*, 1902, I, 592).

E saggiamente la sentenza aggiunge che non è necessaria la notificazione della domanda di collocazione al debitore. Nè l'art. 2125 cod. civ. nè l' art. 709 cod. proc. civ. richiedono tale notificazione; ed inoltre, come già notò la stessa Corte Suprema con le altre cennate sue sentenze, il giudizio dei gradi è un giudizio universale, ove il debitore come parte interessata è chiamato ad intervenire, poichè *de re sua agitur*, cioè della soddisfazione dei creditori sul prezzo dei suoi beni, e quindi egli è sempre presente in tale giudizio, o dovrebbe esservi, per vegliare ai proprii interessi.

Avv. A. **Erra**.

parola negli art. 158 n. 2 e 159 n. 2 del ripetuto codice. Nella specie con l'atto di opposizione al precetto si diede cominciamento al giudizio ed in tale atto i Salerno si portarono domiciliati in Orsomarso, ove col ricorso essi si dichiararono pur domiciliati.

E l'atto di appello fu notificato precisamente in Orsomarso, nel quale luogo, secondo il referto dell'usciere furono consegnate due copie nelle proprie mani di Vincenzo Salerno, cioè l'una per sè e l'altra pel fratello Eugenio. Quindi la notificazione dell' appello seguì a norma di legge, e non regge la nullità dedotta col primo mezzo del ricorso.

B) Che infondato del pari è il secondo mezzo col quale si assume che erroneamente la denunziata sentenza affermava essere interruttiva di prescrizione la dimanda avanzata nel giudizio di graduazione. L'art. 2125 del codice civile statuisce:

« È interrotta civilmente la prescrizione in forza di una domanda giudiziale ».

Tale è senza dubbio una domanda in graduazione, perchè tende a realizzare il dritto creditorio sul prezzo dell'immobile spropriato, ed il concorso in graduazione è un vero giudizio.

All'uopo gli art. 666 N. 5 e 709 del codice di procedura civile dettano le norme ordinando che le domande del creditore debbono essere depositate nella cancelleria del relativo Tribunale coi documenti giustificativi nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando di vendita.

Nè vale l'obbiettare che, per interrompere la prescrizione, avrebbe dovuto la dimanda del Caracciolo notificarsi al debitore, perocchè non è richiesta dalla legge la notificazione delle domande avanzate dai creditori nel giudizio di graduazione.

E siccome il cennato giudizio riguarda tanto i creditori che il debitore, per la sua finalità cioè di soddisfarsi i crediti sulle spoglie dei beni del debitore, così viene dalla legge considerato costui essere presente in giudizio a seguito dell'intimazione degli atti e dopo adempiute le formalità di cui è parola nei mentovati articoli 666 N. 5, 709 e successivi del codice di procedura civile. *(omissis)*.

4 luglio 1903

Pres. ff. ed Est. ABATEMARCO — P. M. BOSCERO (concl. contr.)
Comune di Benestare - Macrì

Esecuzione contro debitori comunali — Rappresentanza del Sindaco e non del tesoriere. Art. 117 e 149 n. 9 legge com. e prov.

Nei giudizii d' esecuzione immobiliare è il sindaco non il tesoriere comunale che ha la rappresentanza del comune ad iniziare il giudizio (1).

La Corte erroneamente ha affermato, che il giudizio contro Macrì essendo d'esecuzione, e non di cognizione, la rappresentanza per esigere spetta al Cas-

---

(1) Conveniamo pienamente con la decisione adottata.

Non è chiaro nel testo se il cespite facesse parte del bilancio o della lista di

siere. Ma non ha pensato, che il sindaco dal Consiglio Comunale, era stato autorizzato a procedere a GIUDIZIO D'ESPROPRIAZIONE contro il Macrì; che questo giudizio, già cominciato col precetto fatto in suo nome, aveva proseguito fino alla perizia, e che al seguito di questa era stata chiesta la vendita, cui il Macrì erasi opposto. Or lo svolgimento di tutto questo giudiziale procedimonto non può esser dato alla rappresentanza del cassiere, ma a quella del Sindaco, perchè le forme giudiziali non si possono confondere con le forme amministrative.

Secondo queste il Cassiere è delegato a riscuotere le entrate annuali secondo il bilancio, che gli è consegnato, dopo essere stato compilato e discusso sulla presunzione della relativa certezza e della esigibilità delle partite annotatevi e può *riscuotere altre anche fuori bilancio* per espressa disposizione dell'Amministrazione, avendo a tale scopo il mezzo della coazione. Ma *se*, *questo esaurito inutilmente*, occorre prender la via della *esecuzione immobiliare*, cessano i suoi poteri amministrativi, mutasi il procedimento in giudiziale sopra immobili, per assumere la forma prescritta dalla legge comune dandosi al Sindaco la rappresentanza dell' ente.

Anche ne' procedimenti propriamente fiscali accade questo, perchè, quando le forme privilegiate di quei procedimenti sono esaurite ed occorre seguire quelle normali ed ordinarie innanzi all' Autorità giudiziaria, è l' Intendenza di Finanza che assume la rappresentanza del Fisco.

In altri termini la legge stabilisce modi esecutivi speciali per rendere più pronta e spedita l' esazione delle entrate erariali, ed assimila i Comuni allo Stato. Il Bilancio e la lista di carico sono pel tesoriere le norme per esigere, e la coazione che egli fa a tale scopo costituisce uno dei modi privilegiati

---

carico, perchè mentre per l' affermativa starebbe la considerazione che altrimenti la questione non sarebbe nata, e la giusta considerazione della sentenza che, esaurito il periodo della coazione nelle forme privilegiate, resta sempre quella di diritto comune, farebbe dubitare per la negativa l' altra considerazione della sentenza che per la contestabilità e non esigibilità della partita essa non fosse stata mai compresa nel bilancio e nel ruolo; il che fa nascere un altro dubbio come cioè siasi potuto procedere ad esecuzione immobiliare per un credito ancora incerto ed inesigibile, a meno che la sentenza non riferisca l'illiquidità e l'incertezza all'epoca anteriore alla sentenza di condanna. Ad ogni modo, limitata la disputa alla *carenza di diritto e di azione del sindaco*, crediamo che due argomenti bastavano a deciderla. Anzitutto, esaurito l' anno finanziario, quando, come nella specie deve essere, il tesoriere non sia obbligato per patto al *non riscosso per riscosso*, e non sia in grado di esigere per difetto d' allocazione del credito nei residui passivi (e pare così sia avvenuto), manca egli di titolo e d'azione per procedere esecutivamente; e non vi resta che il *sindaco* che rappresenta il comune in giudizio (art. 149 n. 9 legge com. e prov.). Se non che, trattandosi di giudizio immobiliare, per disposizione dell' art. 195 della legge com. e prov. la relativa azione va sottoposta all' approvazione della Giunta prov. amm. Ora le sole deliberazioni consiliari e non i provvedimenti dell' esattore sono sottoposti all' azione tutoria; e mancherebbe ogni garantia pei comuni se potessero allegramente esser impegnati in giudizi d' esecuzione immobiliare, a mezzo di un tesoriere, senza tutte quelle guarentigie di che la legge circonda l' azione dei comuni.

v. m.

di riscossione, ma egli stesso non può curar con quelle forme le partite che *non gli furono caricate, e non ancora esigibili*, perchè essendo *contestate* sia in giudizio di cognizione, sia d' esecuzione, non possono ancora essere *impostate nel bilancio* che deve contener le entrate sulle quali nel corso dell' anno il Comune può fare assegnamento affidandone l'esazione al Tesoriere.

Il ricorso adunque dev' essere accolto con l' annullamento della sentenza, il rinvio ad altra Corte per novello esame e per provvedere anche sulle spese ordinandosi fin da ora la restituzione del deposito.

Per tali motivi — La Corte accoglie il ricorso.

23 maggio 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. CALENDA (concl. conf.) — Est. CIANCI DI LEO SANSEVERINO

Comune di S. Giovanni a Teduccio-Baraini

Giudicato penale — Influenza sul giudicato civile: art. 6 e 571 codice proc. pen.

Esclusa irrevocabilmente, in contradittorio della parte civile, la esistenza del fatto colposo, che dette luogo al giudizio penale, la sentenza pronunziata in sede penale osta anche nel posteriore giudizio civile per danni. Il giudicato penale estende la sua autorità sopra l'azione civile, allorchè questa ed il relativo giudizio si trovino direttamente in contradizione con ciò che venne deciso dal magistrato penale nella sfera della sua giurisdizione, specie quando vi fu intervento della parte civile (1).

(*Omissis*). Considerando in riguardo al primo, secondo e terzo motivo insieme riuniti che l'assunto del Comune si compendia nel sostenere che il giudicato penale non potesse estendersi alla risoluzione della controversia dei

---

(1) La sentenza qui riportata applica esattamente i principii consacrati ormai dalla scuola e dalla giurisprudenza sull'autorità del giudicato penale di fronte alla giurisdizione civile.

L'ipotesi della pronunzia di sentenza penale che possa restringere il campo di attività della giurisdizione civile è esplicitamente contemplata in varie disposizioni legislative, fra le quali merita qui speciale attenzione quella dell' art. 6 cod. proc. pen. Questo articolo determina in quali casi la sentenza del giudice penale costituisce ostacolo all'esercizio di un'azione civile per risarcimento dei danni prodotti dal reato, e li restringe alle due ipotesi di dichiarazione che non consti essere avvenuto il fatto oggetto dell'imputazione, o che l'imputato non commise il reato nè vi ebbe parte.

Da ciò emerge che avendo la legge enunciato tassativamente *soltanto* questi *due* casi, nelle altre ipotesi di proscioglimento dell'imputato (mancanza di prove sufficienti sul fatto o sulla partecipazione dell' imputato al fatto stesso, non punibilità dell' imputato per legittima difesa, infermità di mente, età, ecc., non procedibilità per mancanza o rifiuto di autorizzazione da parte di una podestà all'uopo competente, per estinzione di azione, ecc., dichiarazione di non luogo a procedimento penale perchè il fatto non costituisce reato, ecc.) non è precluso l' adito all' azione civile fondata sul reato, ed è riconosciuta la indipendenza reciproca delle due azioni e giurisdizioni. E infatti, in tutte queste ipotesi, la regiudicata

danni ed interessi il cui risarcimento *hinc inde* fu richiesto a vicenda dalle parti. Senonchè, a respingere tale censura, basta il por mente, che tanto l'azione principale, intentata dal Baraini, quanto la riconvenzionale del Comune,

---

penale non costituisce alcun razionale ostacolo a che la parte lesa proponga in seguito l'azione civile pei danni davanti l'autorità civile: quell'individuo che fu ritenuto non imputabile del reato o non punibile, ben può civilmente rispondere degli *effetti* del *fatto* da lui commesso.

Come l'obbligo di risarcire un danno può sussistere senza che la causa sia di indole penale, così pur essendosi proceduto penalmente ed essendo stato prosciolto l'imputato, può questi esser tenuto *civilmente* responsabile del *fatto* dannoso (Vedi **Lucchini**, *Elem. di proc. pen.*, Firenze, Barbera, 1895, n. 111; **Gianturco**, *Diritto delle obblig.*, Napoli, Pierro, 1895, p. 210; **Cass. Napoli**, 21 marzo 1898, *Trib. Giud.*, 1898, p. 256; **App. Genova**, 11 dicembre 1894, *Temi gen.*, 1895,78 ; **App. Torino**, 7 giugno 1895, *Giur. it.*, 1895, I, 2,454; **App. Venezia**, 15 giugno 1898, *Mon. trib.*, 1898, 605; **App. Catanzaro**, 25 aprile 1898, *Trib. Giud.*, 1898, 225; **App. Milano**, 15 maggio 1898, *Giur. it.*, 1898, I, 2, 642. E quanto alla dichiarazione di inesistenza di reato, che non preclude l'adito all'azione civile: **Cass. Napoli** 10 agosto 1886, *Annali* 1886, XXI, 1,2,549; **Cass. Roma**, 15 gennaio 1894, *Trib. Giud.*, 1894, p. 108, e 5 dicembre 1895, *ivi*. 1896, p. 36; **Cass. Torino**, 21 novembre 1894, *Giur. it.*, 1895, I, 1, 814 e 12 maggio 1896, *Trib. giud.*, 1896, p. 307; **Cass. Palermo**, 17 agosto 1886, *Foro it.*, XI, I, 1174; **App. Milano**, 15 febbraio 1887, *Mon. trib.*, XXVIII, 495. V. pure **Stoppato**, *Azione civile nascente da reato*, nel *Digesto italiano*, n. 61, e per le varie questioni sorte sull'applicazione dell'art. 6 cod. proc. pen. la giurispr. ivi indicata).

Nei casi dell'art. 6 invece, se il giudice civile prendesse ad esame l'istanza per risarcimento di danni, non farebbe che risollevare un'accusa già solennemente esclusa, mentre il legislatore non solo volle impedire la contraddittorietà del giudicato civile col giudicato penale (V. **Saluto**, *Comm. al cod. di proc. pen.*, § 96 e segg.; **Borsani** e **Casorati**, *Cod. di proc. pen. ital. comm.*, § 146 e segg.; **Borsari**, *Dell' azione penale*, § 449 e segg.; **Benevolo**, *La parte civile nel giudizio penale*, n. 221; **Lucchini**, op. cit. n. 119; **Narici**, *Sentenze e studi giuridici*, stud. XI, n. 188), ma ancora la ripresa per interessi e fini meramente privati di una questione già risoluta nei riguardi dell'interesse pubblico (V. **Stoppato**, loc. cit., n. 57).

Ma nella specie decisa dalla Corte Suprema vi era di più. Il pretore, essendovi parte civile in causa, avea escluso anche l'esistenza del fatto colposo o del quasi-delitto civile. Ora le due azioni, *civile* e *penale*, nascenti dal reato, sebbene fra loro distinte sia per le differenti *condizioni necessarie per l'esistenza dell'una e dell' altra*, sia pel diverso *scopo* a cui tendono, sia per le *persone* contro le quali si possono esercitare, sia per le diverse *cause di estinzione*, hanno pure di comune e l'origine e l'accertamento dello stesso fatto da cui nascono. E il legislatore — volendo non solo evitare la possibile contraddizione fra le due sentenze civile e penale, ma riconoscendo pure che se le due soddisfazioni, pubblica e privata, si fossero potute raggiungere con unità di mezzi ne avrebbe guadagnato l'economia del giudizio, e sarebbe stata rafforzata l'azione privata partecipando dei vantaggi che il processo penale assicura a quella sociale — mentre da una parte sancì la norma sopra citata dell'art. 6 codice di proc. pen. (ed altre che non è qui il caso di considerare, come quelle degli art. 569 e 573 cod. proc. pen.), dall'altra accordò al danneggiato la *facoltà* di poter proporre la sua azione *civile* dinanzi al giudice *penale* costituendosi *parte civile* nel giudizio *penale* (art. 4, 31, 101 e 109 cod. proc. pen.).

muovono dalla presupposta esistenza di un fatto dannoso. Or siccome il Pretore di Barra, con la interpetrazione data ai due primi articoli del Regol. municipale, ritenne lecito l'esercizio industriale e professionale del sig. Baraini e non lesivo del diritto del Comune, così esclusa irrevocabilmente ed in modo assoluto la esistenza del fatto colposo o del quasi delitto civile, ciascun vede che quella sentenza pronunziata in contraddittorio delle parti civili nel procedimento penale, doveva necessariamente esercitare la sua influenza nel posteriore giudizio ad istanza del Baraini.

Sotto questo aspetto è bene applicabile al caso concreto il principio affermato dalle Corti regolatrici, che il giudicato penale ha valore di verità assoluta, non solo per la causa penale, ma anche per le controversie civili risolute dalla stessa sentenza, le quali costituiscono l'antecedente logico da cui mosse il magistrato penale (Giurisp. 1886 pag. 94 e 1887 pag. 605).

Insomma, il giudicato penale deve estendere la sua autorità sopra l'azione civile, se per poco questa ed il relativo giudizio si trovassero direttamente in contradizione a ciò che venne deciso dal magistrato penale, nella sfera della sua giurisdizione, segnatamente quando vi fu intervento della parte civile: art. 571. P. P.

Posto ciò, se l' unico fondamento dell'azione istituita dal Baraini innanzi al Tribunale di Napoli era la interpetrazione del Reg. municipale sul diritto di privativa del Comune al peso ed alla misura pubblica e se identica fu la quistione esaminata dal giudice penale: *eadem res, eadem quaestio, in easdem personas*, ciascun vede che quel giudicato contiene in sè e per sè il fondamento giuridico della dimanda del Baraini innanzi al magistrato civile, circa il risarcimento dei danni provenienti dal giudizio penale cui fu sottoposto ad istanza del Comune.

In altri termini, il Pretore decise una quistione comune ai due giudizi, si aggirò essa, come sopra unico perno, intorno alla materia identica , che fu oggetto alle rispettive domande di riparazione di danni, e di fronte alle dimande medesime la relativa sentenza acquistò l'autorità di cosa giudicata.

A convincersi maggiormente di ciò valga l' osservare che se il giudice ci-

---

Ora è logico che quando vi è la costituzione di parte civile, il magistrato penale è direttamente investito dalla legge di una doppia giurisdizione, *penale* e *civile*, e giudica *su entrambe le azioni*. Ed è naturale che esercitatasi già una volta sull' azione civile la giurisdizione civile insieme alla penale, non possa più esercitarsi sulla stessa azione una novella giurisdizione civile di altro magistrato: *electa una via non datur recursus ad alteram* (V. **Lucchini**, op. cit., n. 116; v. pure **App. Bologna**, 13 febbraio 1902, *Legge*, 1902, II, 17). Solo nel caso che il giudice penale, malgrado la costituzione di parte civile, *non avesse pronunziato sui danni*, resterebbe impregiudicata — salvo sempre il disposto dell' art. 6 cod. proc. pen. — l' azione civile pel risarcimento di essi (V. **Cass. Firenze**, 30 gennaio 1899, *Legge*, 1899, I, 301; **Cass. Roma**, 9 marzo 1899, *Legge*, 1899, I, 541; **Trib. Napoli**, 18 ottobre 1897, *Legge*, 1898, 1, 91, — Su tutta la materia accennata in questa nota, vedi pure, oltre agli scrittori citati : **Mattirolo**, *Dir. giud. civ.* 4ª ediz., vol. I, n.° 483-490, e V, n. 175-246, *passim;* **Mortara**, *Comment. del cod. e delle leggi di proc. civ.*, vol. I. n. 513-545, *passim*).

Avv. A. Erra.

vile avesse pronunciata sentenza diversa, si sarebbe messo in opposizione formale e diretta con la decisione del giudice penale, diguisachè non solo avrebbe violato la cosa giudicata, ma sarebbe incorso in un eccesso di potere, in quanto che avrebbe dovuto ammettere la esistenza della contravvenzione al Regol. municipale, sul quale argomento non poteva svolgersi la sua giurisdizione.

Di fatto, se la sentenza della Pretura di Barra dichiarò *non esse locum* a procedimento per l'inapplicabilità dell'art. 2° del Reg. ai fatti risultanti dai verbali delle guardie municipali, egli è manifesto che il giudice civile non poteva senza pericolo di contraddizione rimettere in disputa ed assai meno sconfessare e distruggere la posizione di fatto già consacrata dal giudice penale e che formò il necessario presupposto della sentenza da lui profferita.

Nulla è più ripugnante e funesto di ciò che il giudice civile, in un qualunque conflitto d'interessi, potesse oggi proclamare colpevole chi ieri fu dichiarato innocente dal giudice penale, o dire innocente chi dal giudice penale fu riconosciuto colpevole.

Non per altra ragione l' art. 571 P. P. in relazione agli art. 112, 512, 577, 616 e 664 detto codice dispone che nello stesso caso di assolutoria o di dichiarazione, che non si fa luogo a procedere ed altresì in quella di condanna, per l'intimo legame di connessità e dipendenza dei due giudizii aventi la medesima origine, debbono essere liquidati nella sentenza i danni domandati, sia dalla parte civile, sia dall'imputato o accusato quando il processo offra gli elementi necessari per determinarne la esistenza e la quantità *(omissis)*.

4 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA—P. M. CAMMAROTA (concl. conf.)—Est. BURALI D'AREZZO

Barracchia - Casardi

Sepoltura — Moglie defunta senza testamento e senza prole — Chi abbia diritto a seppellirla.

Nel conflitto tra il marito della donna defunta intestata e senza prole ed i germani di lei, che si disputano tra loro il diritto di dare sepoltura alla morta, la soluzione dev'esser favorevole al marito.

Osserva che l'unica questione della causa riguarda il diritto di scelta del sepolcro della sig. Maria Barracchia morta senza figli e senza testamento spetti al marito sig. Casardi ovvero ai germani della defunta. Or nel silenzio di precisa disposizione di legge che regoli la questione sepolcrale non può che meritar plauso la denunziata sentenza la quale pur tenendo conto delle speciali circostanze della causa fa ricorso al principio dell'interpetrazione analogica della legge ai termini dell'art. 3 delle disposizioni preliminari del cod. civ. nè si potrebbero invocare le ieggi romane e quelle canoniche imperocchè non solo avrebbe a violarsi l'articolo suddetto, per la quale richiedesi che in mancanza di espressa disposizione di legge si debbano nel codice vigente ritrovare i criteri direttivi per la risoluzione della controversia, mentre nè il diritto romano, nè quello canonico sono richiamati in vigore neppur

come leggi suppletive delle imperanti, ma soltanto è dato consultarle come monumento di dottrina per spiegare quelle vigenti.

D'altra parte nella grande distanza tra il concetto della famiglia presso lo antico diritto romano, che tutto accentrava nel pater familias sino a qualificare la famiglia come *servitus*, e quello dell'odierna legislazione, che eleva la dignità della donna maritata sino a riconoscerla compagna del marito ed a stabilire tra i coniugi i reciproci diritti e doveri, non può non decamparsi dalle norme dell'antico diritto romano, come quelle che ripugnano all'odierna civiltà. Nè può invocarsi il diritto canonico, una volta che l'attuale legislazione, pur riconoscendo l'indissolubilità del matrimonio, proclama la grande formola *libera chiesa in libero stato*, come base del vigente nostro diritto pubblico, per la quale il matrimonio civile è affatto distinto e separato dal religioso. Il perchè i giudici di merito non incorreano in alcuna violazione di legge nel ritenere inapplicabili le leggi canoniche e quelle romane e definirono a ragione la controversia in base delle disposizioni del codice vigente.

Che alla stregua dei principii analogici del codice italiano, nel conflitto tra il marito ed il fratello, la norma generale *in iure* per riconoscere prevalente il diritto del primo alla sepoltura della moglie premorta deve attingersi soltanto nei principii che regolano il *ius coniugii* anzichè in quelli che governano sì il *ius successionis* come il *ius sanguinis*. (1)

---

(1) I. Trattasi di una vecchia disputa. Il puntiglio, più che l'affetto, la rinnova ogni tanto dinanzi ai giudici, in questa ch'è terra *magna parens* del diritto, ma anche delle liti; e ciò per quanto nel vincolo dell'affetto finiscano per appuntarsi i criterii, che si son venuti escogitando per deciderla. La mancanza di un regolamento giuridico, che la dirima, aguzza l'ingegno di esperti difensori, intenti a cercare le ragioni favorevoli ai capricci, se non agli interessi, di clienti facoltosi (i poveri non si accapigliano per simili cose) e mette a prova la coscienza dei giudici, che devono esporre quelle sotto le quali finiscono per legittimare il prudenziale arbitrio a cui, in buona sostanza, ispirano, volta per volta, le loro decisioni al riguardo. La importanza delle dottrine a cui si riconnette, e specialmente di quelle intorno ai diritti sulla persona propria e sul corpo umano, seduce anche i più severi giureconsulti, che dedicano a tale disputa pagine importantissime.

Numerose sono perciò le pubblicazioni dottrinali e i casi di giurisprudenza sulla materia. La sentenza di sopra, in sostanza, riassume, e nemmeno, per contenuto e per forma, troppo bene, quanto sulla specie sottoposta al giudizio della Corte si è scritto finora. Non mette conto però di indugiarsi sulla questione lungamente. Poco di nuovo anche l'interprete più coscienzioso potrebbe portare a contributo, sia pure per dirimere certi dubbi fondamentali, es. il diritto (ammessa, con la gran maggioranza degli scrittori, la estracommerciabilità assoluta del cadavere) di disposizione (FADDA e BENSA) o non (GABBA) del proprio corpo, dentro i limiti segnati dall'attuale ordinamento giuridico e dal costume, per l'epoca posteriore alla morte.

Partendo dai principii a) che la destinazione normale del cadavere umano, secondo la coscienza generale, è quella di essere data alla pace della tomba, sotto quelle forme che la legge dello stato ha fissate, b) e che questa destinazione è assolutamente incompatibile col concetto della commerciabilità del cadavere medesimo, riesce non eccessivamente difficile orizzontarsi intorno alle questioni, che concernono la facoltà che l'uomo ha di disporre del proprio cadavere e quella che,

La donna, invero, col matrimonio, ai termini degli articoli 130, 131, 132 codice civile si disgiunge dalla famiglia di origine, assume il cognome del marito, segue la sua condizione civile ed è pur obbligata ad accompagnarlo

---

in mancanza di disposizioni del defunto, spetta ad altre persone in sua vece. Se però tra queste persone vi sia un diritto di preferenza nel disporre al riguardo, o a quale di esse spetti un simile diritto, è questione, dal punto di vista strettamente legale, più difficile. È certo, ad ogni modo, che tutte le ragioni escogitate, per dare tale preferenza ad uno più che ad un altro, si appuntano nell'affetto, che nei singoli casi l'uno abbia provato di avere maggiore dell'altro, quando non mostrino addirittura ciò che davvero dovrebbe formare il nocciolo della questione, e cioè che tra più pretendenti alla disposizione di un cadavere sia da preferire colui che meglio ne garentisca la onorata sepoltura e l'indisturbato riposo in essa.

A mio parere è vano indugiarsi a ricercare quale ragione storica o di analogia e quali così detti principii generali del diritto ci conducano a sapere se, nel conflitto tra il marito e il padre o i fratelli, tra questi e i figli o i nipoti e che so io, spetti ad uno di essi più che ad un altro di dare sepoltura ad un defunto, perchè veramente un diritto di preferenza non ci è per nessuno. Il diritto sul proprio corpo, sia esso una vera proprietà (VANGEROW), o un'appartenenza (IHERING), o, meglio, un diritto personale (WINDSCHEID) di carattere tutto speciale (FADDA e BENSA), non si trasmette certo agli eredi, legittimi o testamentarii che sieno. Si trasmette invece col nome, con la parentela, col patrimonio, il diritto al rispetto del defunto, sia che si guardi alla parte immateriale della sua persona, sia che si guardi ai così detti resti mortali della medesima. Il quale diritto è tanto certo, in quanto la sua violazione assume, in determinati casi, la forma di delitto e trova, nella punizione dei colpevoli, la reintegrazione, direttamente per parte dello stato (art. 144 del cod. penale); mentre in altri può dar luogo, anche direttamente per parte dello stato, ad un giudizio di revisione per la riabilitazione della memoria di un condannato poi defunto (art. 692 cod. proc. pen.). Gli eredi o i parenti, legati al defunto, e perciò suoi rappresentanti (sul concetto di rappresentanza, vedi però FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, § 10), o *jure sanguinis*, o perchè succeduti nel suo *universum jus*, hanno, *nomine proprio*, e, diciamo così, *jure repraesentationis*, il diritto di chiedere al magistrato che sia garentito il rispetto, come al nome ed alla fama—(art. 400 capov. 1.° cod. pen.; L. 14, § 6 Dig. *de iniur.* 47, 10: nel caso dell'art. 692, poichè si deve procedere di ufficio e non si può pretendere che gli eredi assumano essi il contradittorio, si nomina un *curatore alla memoria* della persona morta. Gli eredi in tal caso potranno intentare l'azione pel risarcimento dei danni contro chi di ragione)—così al cadavere del defunto medesimo, e dentro questi limiti possono quindi avere interesse ad agire non solo per sapere, non tanto chi, sibbene come si debba dare sepoltura al defunto, ma anche per far ordinare il rimborso della spesa fatta, che la legge garentisce con privilegio generale sui mobili (art. 1956 n. 2 cod. civ.), e in caso di non possidenza da parte del defunto, far decidere se vi sia (il comune è tenuto nell'interesse della pubblica sanità alle spese assolutamente necessarie) qualcuno tenuto alle spese funebri e di sepoltura (arg. art. 130, 132, 220 cod. civ. Vedi Dig. tit. *de religiosis* 11,7 passim; *Landrecht prussiano* §§ 434 e 435). Oltre, non più. Così, quando in punto di fatto risulti che al cadavere sia stata data sepoltura onorata, stabile e consentanea alle condizioni della persona a cui apparteneva, a quelle del momento storico in cui il seppellimento avvenne ed alle prescrizioni fatte, in tal momento o poi, dallo stato, nello interesse della pubblica igiene o dell'ordine pubblico, il magistrato deve dichiarare carente di diritto e

ovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza: il marito alla sua volta ha il dovere di proteggerla, tenerla presso di sè e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita. Oltrechè il matrimonio impone ai conjugi la coabitazione, la fedeltà e l'assistenza.

---

quindi di interesse chi vada dinanzi a lui, in nome di un simulato o isterico affetto, a fare una inutile logomachia, mentre tante cose maggiori premono e richiedono sforzi d'ingegno e di cuore veramente fruttuosi ed onesti.

A miglior conferma della sussistenza di un diritto al rispetto del defunto e del suo cadavere, ed a definitiva eliminazione di ogni diritto di preferenza o di prelazione, come si potrebbe pur dire, sul cadavere medesimo, basti osservare che un simile diritto: 1) non solo sente troppo pur sempre di un inammissibile diritto di disponibilità sul cadavere umano, in quanto tale diritto non concerne più la facoltà di destinazione spettante al defunto (che aveva un vero diritto sul proprio corpo) e rientrante nel concetto del libero esplicamento della personalità, dentro i confini stabiliti dall'ordinamento giuridico; 2) ma viene anche negato dagli stessi suoi sostenitori (affermandosi invece implicitamente l'altro del rispetto al defunto), quando devono confessare che esso non è sconfinato, perchè non compete « ogni qualvolta, esercitandolo, si voglia far cosa, che torni disdicevole alla memoria e alla dignità del defunto è contraria alla presunta sua volontà. Chi, per esempio, può ammettere che l'erede abbia diritto di far collocare la salma del defunto nella tomba di un nemico acerrimo di questo (Fadda e Bensa in Windscheid, I, p. 619)? » Inoltre, se la scelta venne già fatta dall'erede, se il diritto venne già esercitato, non può il medesimo, se non concorrono giuste cause, cambiare la condizione delle cose (Fadda e Bensa loc. cit. e veggasi pure pag. 624 dove si parla del Cramer; app. Torino, 5 maggio 1890. Giur. tor. XXVII, 341).

Si è benvero, osservato quanto io esprimo parlando di rispetto dovuto al defunto, un diritto in un erede di scegliere la sepoltura al cadavere di lui, ma tale diritto può ammettersi solamente come correlativo dell'obbligo del seppellimento (Hölder, *Pand.* I § 31, p. 144, citato da Fadda e Bensa, loc. cit.) ed in quanto si pretenda l'adempimento di questo obbligo. *Secundum naturam est*, dice Paolo, *commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.*

Che se mai si questionasse sul diritto di preferenza a dare sepoltura ad un defunto, prima che questi fosse seppellito, può sempre provvedere in nome della pubblica igiene e dell'ordine pubblico, provvisoriamente, il comune. Il magistrato dovrebbe solo stabilire a carico di chi vada la spesa di un'apposita sepoltura e del conveniente adornamento, tenendo presente che se, a riguardo di tale spesa, si pretenda da alcuni di addossarla ad altri, ove a questi veramente competa, competerà pure, come correlativo dell'obbligo, il diritto alla scelta del sepolcro definitivo.

II. Si consultino in ogni modo, sulle diverse questioni qui accennate: Fadda e Bensa in Windscheid, I. p. 601 e segg., ma più particolarmente pag. 612 e segg. Ivi si trova una completa bibliografia italiana e straniera sulla questione, fino all'epoca in cui i detti illustri professori scrivevano (1895). A quel tempo circa rimonta pure una larga trattazione del nostro Pranzataro; *Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica e nelle speciali attinenze col diritto moderno*, Torino, 1895.

Un recente scritto è del Dattino (*L'eredità al cadavere*, estratto dalla *Gazzetta giuridica* di Salerno, anno 1903) e di esso trovasi un cenno in questa *Rivista*, al n.° 3. Le sentenze nella stessa causa per la quale fu pronunziata quella che annoto sono del tribunale di Trani, in data 13 febbraio 1901 (*Giur. ital.* 1901, I, 2, 225; *Foro it.* 1901, I, 121; *Mon. dei trib.* 1901, 556) e della Corte di appello

Tutte codeste disposizioni del codice civile non pure trovano riscontro nelle precedenti legislazioni delle svariate regioni italiane, ma rispondono altresí ai principii stabiliti nel libro della genesi, nel quale è scritto: *quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem suam, et adhaerebit uxori suae: et erunt duo in carne una.*

Or se il matrimonio, fondamento della famiglia, è un'alta istituzione sociale, se esso accerta in grado eminente l'affetto, la fede e la stima fra i coniugi, i quali si associano nei piaceri ed insieme dividono i dolori della vita, non può non riconoscersi per argomento analogico, che sebbene l'indissolubilità del nodo coniugale s'infranga con la morte, nullameno vi sopravvive il sentimento indissolubile di affetto, che lega il marito superstite all' estinta moglie e per

---

della stessa città, in data 7 giugno 1901 (*Giur. ital.* 1901, I, 2, 663; *Mon. dei trib.* 1901, 954). Per maggiori indicazioni della giurisprudenza italiana e francese si può riscontrare lo scritto del Dattino.

Nel caso in esame tanto le sentenze del tribunale e della corte di appello, quanto la sentenza della corte di cassazione, che noi pubblichiamo, hanno ritenuto che il diritto di scelta del sepolcro spetti al marito in confronto dei fratelli della defunta. È da tener presente però che il marito, depositata provvisoriamente la salma di costei in una cappella sepolcrale privata, aveva giá impreso la costruzione di una cappella propria, per riporvela definitivamente. Uno dei fratelli la trasportò furtivamente in una sua cappella; e il marito della defunta lo convenne in giudizio pel rilascio del cadavere. Un'altra volta la giurisprudenza nostra aveva avuto occasione di decidere a chi spetti il diritto di scelta del sepolcro della donna maritata, morta senza prole e senza testamento. E la corte di appello di Napoli (20 dic. 1874, *Gazz. del proc. IX*, 518), revocando la sentenza del tribunale (18 settembre 1874, *Annali*, 1875, II, 36), attribuì un siffatto diritto ai genitori. Allora si trattava che il marito intendeva riporre il cadavere della moglie in una pubblica sepoltura, mentre i genitori di lei domandavano di collocarlo nella tomba gentilizia. Di quella causa rimase famosa l'allegazione del Correra in difesa dei genitori (vedila in *La legge* IX, p. 3, 43,57,66). Come si vede sono stati puniti una volta il ripicco dei fratelli ed un altra il capriccio del marito, lesivi l' uno e l'altro del rispetto dovuto alla memoria, al presunto volere della defunta, ai resti mortali di un essere umano.

Molte altre volte la giurisprudenza ha dato le sue decisioni in materia, ma per casi diversi dai due testè cennati. Veggasi per essi lo scritto del Dattino a pag. 14 dell'estratto n. 2.

Mi accade ora di leggere un libro di Gug. Castellano (*Diritto di scelta del sepolcro in particolare nei rapporti dei coniugi,* Napoli tip. Giannini, 1903). Ma neppure quì è messa la questione del vero punto di vista, che è poi quello giuridico. Anzi, mentre i più hanno cercato almeno di risolverla con soli argomenti desunti dal diritto, il Castellano, come qualche altro, si indugia per lunghe pagine a dimostrare la prevalenza sopra tutto dell'affetto dei coniugi tra loro, per giungere alla risoluzione morale, diciamo così, della scelta spettante al coniuge superstite.

Vedi peraltro nel detto libro le disposizioni di legge enunciate alla pag. 158 e segg. che, ammesso il diritto di scelta, potrebbero dirsi, insieme a tante altre, decisive. Del resto la stessa discordia tra gli scrittori circa l'applicabilità di una o di altra delle disposizioni volute analoghe o citate per argomentarne a chi spetti la scelta, è una riprova della insussistenza di un diritto all'uopo.

prof. V. Galante

il quale dee ritenersi prevalente il suo diritto a scegliere a preferenza dei germani il sepolcro alla defunta sua consorte, nel fine di raggiungere l'alta finalità così dell'onoranza dovuta al frale della propria moglie come di ricongiungere al termine dei suoi giorni i propri avanzi mortali alla fedele ed affettuosa compagna della sua vita coniugale. Invano si vorrebbero limitare e distruggere gli amorosi e morali vincoli del marito sul limitare del sepolcro della moglie, ed è anche più illegale venir deducendo che alla morte del coniuge riprendono vigore i vincoli di sangue tra la defunta ed i congiunti della sua famiglia di origine e si dissolvono e cadono nell'oblìo quelli che dal *coniugium* derivano; dappoichè resiste al contrario assunto il concetto del matrimonio che, riguardato nella sua forma tipica, accerta la tenacità dell'affetto e l'intima comunione dei corpi e delle anime.

Il perchè se la norma direttiva intima di argomenti analogici è quella di esaminare l'identità dei motivi e delle ragioni, ne segue che con lo stesso principio e con gli stessi motivi ben può riconoscersi per via di analogia prevalente nella scelta del sepolcro il diritto del coniuge.

Aggiungasi che nella relazione del ministro Guardasigilli Pisanelli al Senato sul codice è detto che l'indole del legame matrimoniale fa impallidire tutti gli altri legami, e si soggiunge pure che, ponendo a raffronto i doveri tra ascendenti e discendenti e quelli tra marito e moglie, ognuno resta dubbioso quali siano i più sacri e di maggiore importanza sociale, e che i doveri tra coniugi germinano i doveri tra genitori e figli. Or, trattandosi nella specie invece di coniuge superstite, l'affetto coniugale verso la moglie defunta, nel conflitto tra i fratelli ed il marito, deve aver prevalenza sull'altro vincolo di sangue, che unisce alla defunta i suoi germani.

Ma il più grande argomento analogico a sostegno della preferenza nel marito alla sepoltura del coniuge si trae dal porre mente che nell'ordine graduale dalla legge stabilito in tema di alimenti in primo luogo il marito è tenuto a somministrare gli alimenti alla moglie, nel terzo il genitore, in ultimo il fratello, quando la donna non possa conseguirlo dal marito, dai figli, nè dagli ascendenti, nè dal genero o nuora. Se dunque il matrimonio, ove non sopprima, pospone per lo meno senza dubbio i rapporti giuridici che legano la donna alla sua famiglia di origine e ne stabilisce altri più intimi tra i coniugi, deve senza dubbio prevalere il diritto del marito nella quistione sepolcrale.

Che tra il diritto successorio ed il diritto a scegliere il sepolcro della donna maritata non può riconoscersi alcuna corrispondenza analogica, dappoichè, mentre il dritto alla sepoltura è di sua natura eminentemente etico, prescinde da qualsiasi valore economico e pecuniario e si riassume in breve nella onoranza alla defunta per trasmettere la memoria alla più lontana posterità, il *ius successionis* invece ha un fondamento tutto patrimoniale ed economico; onde è che l'eredità comprende soltanto l'intero patrimonio del defunto al tempo della sua morte e ne sono eccettuati i diritti che alla persona sono inerenti e che non si trasmettono agli eredi. Se non omogenea bensì affatto eterogenea è la natura dei due diritti; se è assurdo sottoporre alle regole sul possesso e sulla proprietà il frale di persona che ci fu cara ed alla quale siamo legati da culto pietoso; se i dritti personali non si trasmettono, nè

l'erede può rappresentarli, e se la qualità ereditaria involge la continuazione della persona del defunto nello erede per la sola parte patrimoniale e non già pei diritti personali, per i quali invece si presuppone viva la persona che di essi ne era investita; rendesi del tutto inapplicabile il principio *heres substinet personam defuncti*, e di conseguenza esula ogni argomento analogico tra il diritto successorio e la scelta del sepolcro.

Del resto, se pure in aperta contraddizione dei cennati principii piacesse dal valore della quota ereditaria determinare la prevalenza negli eredi del diritto a scegliere il sepolcro della defunta, non potrebbe sconoscersi il diritto del Sg. Casardi alla scelta del sepolcro, imperocchè egli raccolse la terza parte dell'intero patrimonio della moglie: ed al sig. Giuseppe Barracchia poi venne trasmessa la sola nona parte dell'eredità ed i due interventori suoi germani vi rappresentano altra nona parte dell' eredità, per ciascuno: e d' altronde il diritto di scelta del sepolcro per la sua stessa natura non potrebbe riguardarsi che in rapporto ai singoli individui che reclamano la preferenza, il che esclude ogni collettività d'interessi, sicchè dalla maggiore entità della quota successoria nel sig. Casardi deriverebbe eziandio il suo diritto alla scelta: neppure le tre quote dei germani sig.[1] Barracchia supererebbero quella del sig. Casardi.

Che non giova invocare il principio *mors omnia solvit*, imperocchè, sebbene con la morte del coniuge è sciolto il vincolo coniugale, vi rimane sempre indelebile, in mancanza di pruova contraria, l' *affectio maritalis* che determina il marito ad onorare la spoglia della defunta sua consorte, presceglendone il sepolcro, sia per difendere gli avanzi mortali dall'ingiuria del tempo, sia anche più per avere comune la tomba con chi si ebbe intima l'unione, comuni le gioie ed i dolori della vita coniugale. Ripugna alla natura umana che, mentre in vita al marito si appartenne la moglie *animo et corpore* e la associò alla propria esistenza, non siagli consentito renderle alla morte le dovute onoranze e prescegliere il sepolcro.

Il codice vigente nel riconoscere il dritto del coniuge superstite sulla successione dell'altro predefunto riafferma ancora una volta che l'affetto coniugale non s'infrange con la morte dell' altro coniuge e per più gravi ragioni non vengono meno i vincoli e i dritti morali, tra i quali precipua la scelta della tomba che raccoglier dee la spoglia della defunta moglie.

Oltrechè per l' art. 52 cod. civ. l' affinità non cessa per la morte anche senza prole del coniuge dal quale deriva, sicchè, se perdurano i vincoli tra il coniuge superstite ed i parenti dell'altro coniuge defunto, per più grave ragione non può ritenersi estinto l'affetto ed i vincoli morali che intercedono tra il marito e la defunta consorte da cui quei vincoli derivano.

Del resto, se altra pruova piacesse richiedere, la si rinviene nell' art. 400 cod. pen., col quale mentre si prescrive che per i delitti di diffamazione ed ingiurie non si procede che a querela di parte, d'altronde, se la parte offesa muore prima di aver dato querela, la si propone in primo luogo dal coniuge, indi dagli ascendenti, discendenti fratelli, sorelle, figli ed affini in linea retta, ed al coniuge superstite innanzi anche al padre ed alla madre è affidata la tutela della memoria del defunto.

Nè vuolsi pretermettere che per i Reali dispacci del 21 Luglio 1759 e 15

Agosto 1771, ove la moglie morisse senza aversi scelto il luogo della sepoltura, seguir doveva il sepolcro del marito.

Che inapplicabili del pari sono le regole riguardanti così il pagamento delle spese funerarie come la comunione; non evvi in fatto analogia alcuna tra la scelta del sepolcro e le spese funerarie, dappoichè, mentre queste hanno per unica finalità *ne insepulta cadavera iacerento*, e per ovviare a tale inconveniente si sottopose il patrimonio del defunto alle relative spese, invece il diritto di scegliere il sepolcro della persona defunta si fonda unicamente sull'affetto del coniuge superstite che ne sostiene la spesa con proprio danaro. Oltrechè, essendo assai dissimili i caratteri esterni tra l'obbligo di sostenere le spese funerarie ed il diritto alla scelta del sepolcro, non possono i principii che regolano un dritto riguardarsi come a caso simile.

Neppure è dato invocare le regole relative all'amministrazione ed al miglior godimento della cosa comune (art. 678 cod. civ.), ove si consideri come un dritto riflettente un cadavere non può costituire obbietto di dominio, nè di possesso e molto meno essere sottoposto ad amministrazione o godimento comune.

Che la prevalenza del coniuge a scegliere il sepolcro trae anche dal principio *filius est finis et caput familiae suae;* nè può codesta regola venir derogata nel caso della mancanza dei figli, dappoichè, poichè lo scopo per lo quale l'uomo si congiunge in matrimonio è innanzi tutto quello di avere una compagna che a lui si associ nei suoi piaceri come nei dolori, il pensiero della prole va in seconda linea nel maggior numero dei casi. D'altra parte, sebbene l'alta missione della donna maritata sia quella di dar figli alla patria, nullameno è l'unione intima prodotta dalla corrispondenza di amorosi sensi, che la spinge in principal modo al matrimonio, onde la sua infecondità non rende meno valido il matrimonio nè gli effetti giuridici che ne derivano, e molto meno può spiegare alcuna influenza sul preteso diritto dei suoi congiunti di origine alla scelta della sepoltura.

Che, sebbene la preferenza del marito a scegliere il sepolcro della moglie possa subire derogazione sia nel caso in che abbia ella prescelto il sepolcro, sia nell'altro in cui circostanze speciali di fatto rendono prevalente la volontà dei congiunti, non è men vero però che nel rincontro i fatti concomitanti dai giudici di merito rilevati ribadiscono vieppiù il diritto del marito.

La Corte di merito, estimando i documenti esibiti, rileva con incensurabili criteri che durante il matrimonio tra i coniugi Casardi e Barracchia vi è stata sempre mai la più ovvia corrispondenza di amore e di affetto; che il marito nulla trascurò per adempiere ai doveri tutti derivanti dal coniugio; che essendo inferma la condusse in Napoli per curarla, che, trapassata la moglie, a proprie spese fece trasportare la salma in Barletta e collocarla provvisoriamente nel sepolcro della famiglia Cafiero; che con la maggior sollecitudine fece costruire la propria cappella e mentre si accingeva a collocarne le ceneri apprese che il sig. Barracchia traendo profitto dall'assenza dei sig.ri Cafiero da Barletta si fece consegnare dai familiari di costoro la chiave del sepolcro e nell'8 Ottobre 1900 trasportò la salma della sorella, tumulandola nella cappella da lui fatta costruire; e, quel ch'è più, la Corte con sovrano apprezzamento si convinse che, mentre da un lato nel rapporto del sig. Casardi

è gara di affetto verso la premorta moglie, cui intende dare onoranza, collocandone la spoglia nella tomba da lui costruita, dall'altra il sig. Giuseppe Barracchia nel contraddire questo diritto del marito alla scelta della sepoltura è animato invece da bizza, da puntiglio e da odio verso la persona del cognato; che anzi ad escludere l'affetto del fratello per la defunta sorella non tralascia la Corte di rilevare che non per spontanea dimostrazione di affetto dai signori Barracchia venne costruito il sepolcro, ma per obbligo impostogli dallo zio; e che la spoglia della loro madre riposa tuttavia nel camposanto di Napoli, non avendo sinora essi curato farla trasportare nel loro sepolcro in Barletta.

Che chiude il varco ad ogni deduzione dei ricorrenti l'estremo che i giudici di merito valutando i documenti della causa ritennero in fatto che la sig.ra Maria Barracchia più volte in vita manifestò il volere che il suo cadavere venisse deposto nella cappella gentilizia a costruirsi in Barletta dal marito di lei, nè mancarono di rilevare le gravi, precise e concordanti presunzioni a sostegno del loro convincimento, sicchè vi concorre eziandio il principio: *ultima voluntas defunti modis omnibus conservari debet.*

P. q. m. La Corte rigetta il ricorso.

11 luglio 1903

Pres. Santamaria — P. M. Scalfati (concl. conf.) — Est. Petrucelli
Lanza — Palomba

Prova testimoniale dinanzi ai pretori—Lista dei testimoni—Termine. Art. 234 e 447 cod. proc. civ.

1. — *Anche nei giudizii innanzi ai pretori la lista dei testimoni deve essere notificata alla controparte prima che si dia inizio all' escussione della prova, quantunque non sia necessario che la notificazione stessa preceda di cinque giorni il cominciamento degli esami* (1).

(Omissis) Che a ragione si duole il ricorrente per avere la denunziata sentenza concessa la chiesta proroga. In qualunque modo vogliasi considerare la specie di cui trattasi, l'obbligo di notificarsi la lista dei testimoni prima

(1) La presente quistione si riconnette all' altra riguardante l' osservanza dinanzi ai pretori dei termini rigorosi stabiliti per le prove testimoniali nei giudizii di competenza dei tribunali. Fra i più recenti pronunziati che decisero nel senso della inapplicabilità dei termini suddetti vedi: cass. Roma 29 gennaio e 21 marzo 1903 (*Foro it.* 1903, 257 e 715).

Con la sentenza riportata la Cassazione di Napoli conferma le precedenti decisioni in data 4 agosto 1898 (*Foro It.* 1899. 1. 191) e 4 novembre 1899 (*Foro It.* 1900. 1. 312), con le quali recedette dalla sua più antica giurisprudenza, avendo fino allora ritenuto nei giudizii pretorii non solo necessaria la preventiva notificazione della lista dei testimoni alla controparte, ma altresì applicabile il termine prescritto dall'art. 234 c. p. c. (consulta in proposito: Cass. Napoli 12 Febbraio 1889. *Foro It.* 1890. 1. 995, e 23 luglio 1898, *Foro It.* 1898, 1, 1340).

A quest' ultima opinione fece eco la suprema corte romana con pronunziato 17 settembre 1892 (*Foro It.* 1893, 1, 197), mentre nell' altro anteriore del 30 giugno 1890 (*Foro It.* 1890, 1, 1170) aveva deciso uniformemente alla sentenza che annoto.

di cominciare l'esame è imposto così per le cause di competenza dei tribunali come per quelle che si svolgono innanzi ai pretori; e tal concetto si desume dalla disposizione dell'art. 234 del codice di proc. civ. messo a riscontro con l'art. 447 del medesimo codice.

Ma in seguito la stessa corte ha mutato il suo avviso in senso del tutto opposto (Vedi Cass. Roma 4 luglio 1893, *Foro It.* 1893, 1, 876; 20 febbraio 1895, id. 1895, 1, 368; 4 dicembre 1896, id. 1897, 1, 74).

Più incerta ed oscillante è la giureprudenza della Cassazione di Firenze. La detta corte con sentenza 4 maggio 1891, (*Foro It.* 1891, 1, 599) opinò che la lista dei testimoni debba essere unica, completa e nota alla controparte prima dell' escussione della prova; successivamente ritenne non necessaria tale notificazione (vedi Cass. Firenze 25 giugno 1894, *Temi Veneta* 1894, 573), e per ultimo con sentenze 13 e 23 dicembre 1897 (*Foro It.* 1898, 1, 100 e 147) e 4 maggio 1899 (*Foro It.* 1899, 1, 904) ha deciso che innanzi ai pretori, anche dopo cominciato l'esame complessivo, si possono notificare le liste dei testimoni, bastando che prima dell'esame di ognuno di essi ne siano indicate le generalità.

La dottrina con voce quasi unanime è contraria all' applicabilità dell' art. 234 c. p. c. nei giudizii di competenza pretoria. (Vedi in tali sensi: GARGIULO, Comm. 111, art. 426, p. 119; RICCI *Proc. civ.* ed 11. v. 11, n. 94, p. 74; SAREDO *Istit. di proc. civ.* 11, n. 707, p. 663.

In senso conforme alla sentenza che annoto consulta invece: MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile ed IV*, 111, n. 639 p. 539; LESSONA, *Manuale di proc. civ.* n. 153 p. 177.

La decisione della Corte napoletana mi sembra la più conforme allo spirito ed alla lettera della legge, mentre ritengo che la contraria dottrina e giurisprudenza siano cadute in errore per non aver considerato la questione dal suo vero lato.

Generalmente si è detto che la notifica della lista dei testimoni non ha luogo nei giudizii pretorii, essendo prescritta più nell'interesse dei procuratori che delle parti; che l'art. 447 c. p. c. nella sua più retta interpretazione non consente di riportarsi al disposto dell'art. 234, se per poco si consideri essere la prova testimoniale innanzi ai pretori regolata da apposite disposizioni; e che infine, andando in contrario avviso, dovrebbe applicarsi per intero il citato art. 234 e non ritenerlo in parte applicabile ed in parte no.

Osservo innanzi tutto che gli art. 420, 426 e 427 dettano solo alcune norme speciali riflettenti la prova per testimoni, norme che il legislatore ha creduto più conformi all'indole del giudizio pretorio; mentre per tutto il resto provvede espressamente l'art. 447 c. p. c., richiamando le disposizioni del capo 1 titolo IV stesso codice in ordine a ciò che non sia regolato dal capo V, in quanto le medesime disposizioni siano applicabili. Non è esatto quindi affermare che gli articoli citati regolano tutta la materia delle prove testimoniali innanzi ai pretori, e non si possa perciò far ricorso alle norme riguardanti la prova stessa innanzi ai tribunali. In effetti non si è mai dubitato che, per quanto attiene alle formalità dell'esame, alla forma e al contenuto del processo verbale debbano osservarsi le norme degli art. 239 e segg. c. p. c. Se per conseguenza la legge, occupandosi del procedimento innanzi ai pretori, tace riguardo alla notificazione della lista dei testimoni di prova e riprova, può discutersi se sia applicabile o meno l'art. 234, ma non negare che l'art. 447 vieti di richiamarsi ad esso.

E venendo a questa indagine, riesce di capitale importanza ricercare quale sia lo scopo che il legislatore ebbe di mira nel dettare la disposizione dell' art. 234 c. p. c. Lo scopo fu duplice: mettere i procuratori delle parti in condizione di

Imperocchè il divieto di presentare la lista dei propri testimoni quando già sia cominciato lo esame dei testimoni della parte avversaria tende a tutelare le rispettive ragioni ed impedire che uno dei litiganti possa formare la sua

---

poter conferire con esse ed ottenere tutti quei chiarimenti necessarii sulle singole persone dei testimoni, per le opportune domande da rivolgere loro e per le allegazioni a sospetto; determinare preventivamente quali siano i testi che l'attore e il convenuto vogliono presentare in sostegno dei loro diritti, mantenendo così fra essi l'eguaglianza di condizione probatoria, ed evitando che con liste postume e nomi procurati la parte a cui sembra malferma la prova del suo assunto si accinga a rafforzarla.

In omaggio al quale principio la giureprudenza e la dottrina sono ormai concordi nel ritenere che iniziato l'esame dei testimoni innanzi ai tribunali, non siano più ammesse liste suppletive, quantunque notificate cinque giorni prima della escussione dei testi aggiunti. Nè altrimenti potrebbe interpretarsi il pensiero del nostro legislatore che nel plasmare l'art. 234 c. p. c. mutò la frase « *ciascun testimone* » usata nel corrispondente art. 301 c. p. c. del 1859 nell'altra « *dei testimoni* » con l'evidente disegno di modificare il concetto del legislatore del 1859 ritornando a quello del codice del 1854.

Perciò l'art. 234, se bene a prima vista sembra ispirato ad una norma d'indole speciale, racchiude in sè due prescrizioni; l'una di forma e l'altra di sostanza, che attiene all'organismo della prova: prescrivendo la notificazione della lista dei testimoni prima dell'esame di essi, tende a tutelare la buona fede e il diritto delle parti, evitando, come ha detto la corte napoletana, che uno dei litiganti possa formare la sua lista sui risultati delle deposizioni dei testi dell'avversario, o abbia agio di procurarsi testimonianze sospette: imponendo che la notificazione abbia luogo cinque giorni prima dell'esame, mette i procuratori, che ordinariamente si presentano per le parti o le assistono (art. 207 c. p. c.), e ai quali va fatta la notifica (art. 234 c. p. c.), nella condizione di poter conferire con i loro clienti e non recarsi impreparati ad assistere al mezzo istruttorio.

Questa seconda prescrizione non mi sembra sia applicabile ai giudizii pretorii.

Versando l'esame testimoniale in genere su fatti che riguardano l'attore e il convenuto, la parte è sempre in grado di sapere se l'individuo sia stato presente o possa aver contezza dei fatti che viene ad attestare e può quindi anche nel momento in cui s'inizia l'esame fare le proprie contestazioni. Non così il procuratore se prima non abbia conferito col suo cliente.

Ma sarà parimenti inapplicabile l'altra prescrizione riflettente la necessità di notificare la lista completa e definitiva?

Poichè ho rilevato che l'art. 234 comprende due prescrizioni, l'una formale e l'altra sostanziale, esclusa per mancanza di scopo l'applicabilità della prima. mi sembra possa farsi luogo a quella della seconda, la quale comprende in sè un principio di ordine generale tendente a rendere più seria e ordinata l'assunzione della prova e più attendibili i suoi risultati. Questo scopo è comune tanto nelle prove testimoniali che si raccolgono innanzi ai tribunali, quanto in quelle che hanno luogo innanzi ai pretori e quindi comune deve essere la disposizione diretta a raggiungerlo. Ciò perchè anche innanzi ai pretori debbono ritenersi proibite le liste suppletive, come giustamente decise la Cassazione di Napoli con sentenza 9 maggio 1896 (*Foro It.* 1896, 1,848). Dove il legislatore ha voluto concedere, dopo cominciati gli esami testimoniali, di sentire nuovi testimoni, lo ha detto espressamente, es. l'art. 454 relativo ai conciliatori. Il silenzio usato nei giudizli innanzi ai pretori deve intendersi come proibizione. Trattandosi di un elemento sostan-

lista sui risultati delle deposizioni dei testimoni dell'avversario, costituendosi in una posizione migliore e riuscendogli pure agevole procurarsi testimonianze mendaci.

E cotesto divieto riflette la giuridica essenza della prova orale: onde è una norma generale quella del citato art. 234 che, per le cause di competenza pretoriale, si applica nel senso di potersi presentare la lista dei testimoni anche pochi momenti prima di cominciare l'esame, ossia prima della apertura del verbale di prova e riprova.

Or nel caso concreto, i Palomba e la di Donato omettevano di notificare la lista dei loro testimoni prima di raccogliersi la prova diretta, e non erano nella condizione di potere ottenere la proroga chiesta.

Il Tribunale non si versò su cotesta indagine, e concesse la proroga, senza discutere neanche come occorreva, se fosse o meno giustificata la relativa domanda, ai sensi dell'art. 946 del ridetto codice. In conseguenza si deve annullare la denunziata sentenza, accogliendo il ricorso, e rinviare la causa per nuovo esame ad altro tribunale.

---

ziale relativo all'esecuzione della prova e non essendovi un precetto speciale, deve ricorrersi all'art. 446 e richiamare la disposizione dell' art. 234 c. p. c. applicando il principio generale in essa contenuto.

Contro questo assunto ha mosso aspra censura la Cassazione di Roma nella citata sentenza del 20 Febbraio 1895, osservando che il giudice può e deve dichiarare se una disposizione sia o meno applicabile, ma non ha il diritto di dettarne una nuova in luogo di quella dalla legge stabilita, onde l'art. 234 non potrebbe in parte ritenersi applicabile e in parte no.

Il biasimo non è giusto. Non significa legiferare lo esplicare le facoltà concesse al giudice dell' art. 3 disp. prel. c. c. e 447 c. p. c. il quale con la frase in quanto siano applicabili » ha voluto permettere qualche cosa di più della semplice applicazione analoga e letterale di una singola norma del diritto positivo, altrimenti il richiamo sarebbe stato superfluo.

Procedendo con questi criterii l'interprete coglie dalla disposizione dell'art. 234 soltanto ciò che risulta necessario osservare nelle prove testimoniali innanzi ai pretori.

Cade la comminatoria del termine dei cinque giorni e la notificazione si trasforma in communicazione reciproca fra le parti della lista dei testimoni. Questa communicazione può farsi in un modo qualsiasi ed è solo necessario che non frustri lo scopo della legge, potendo anche avvenire nel momento stesso dell'apertura del verbale di prova e di riprova con inserzione in esso. Fatta una volta, non possono aggiungersi più nuovi testimoni.

Quanto si è detto elimina anche tutte le obbiezioni riguardanti il modo di dar luogo alla notifica della lista e la impossibilità di eseguirla quando, come è permesso, nei giudizi pretorii, la prova testimoniale venga chiesta oralmente, citandosi nello stesso modo i testimoni e richiedendone nella stessa udienza l'esame; poichè la communicazione reciproca delle liste può sempre avvenire anche in questi casi, e consegue il suo effetto se pure l'altra parte è contumace.

Avv. Domenico Cortesani

11 luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. SORRENTINO
Lo Giudice — Tamburi

Domanda in separazione — incompetenza del conciliatore. Art. 70 c. p. c. e 10 legge 16 giugno 1892.

Incompetenza assoluta —Proponibilità in cassazione. Art. 187 c. p. c.

L'azione in separazione, concessa al terzo dell'art. 647 c. p. c., essendo azione reale, è sottratta alla competenza dei conciliatori. (1)

L'incompetenza assoluta può proporsi per la prima volta in cassazione. (2)

Osserva che nel determinare la competenza in materia contenziosa dei giudici conciliatori il nostro codice distingue le azioni personali dalle reali. Le azioni reali siano desse mobiliari o immobiliari sono sempre sottratte alla giurisdizione dei conciliatori (art. 70 Cod. P. C. e 10 legge 16 luglio 1892).

(1-2) L' esattezza della prima massima è evidente.

L'art. 647 cod. proc. civ. prescrive infatti che il terzo deve citare il creditore istante davanti il *pretore*, che provvede per la vendita, ma la disposizione dell'art. 604 dello stesso codice di procedura civile, secondo cui l'ufficio di provvedere per la vendita dei mobili pegnorati spettava *sempre al pretore*, è stata modificata dall'articolo 13, capoverso, della legge 26 giugno 1892 sui conciliatori.

Epperò, se l'esecuzione mobiliare sia promossa in base a sentenza di conciliatore o a processo verbale di conciliazione fattosi innanzi a conciliatore per controversia di valore non eccedente le lire cento, spetta al conciliatore (anzi che al pretore) provvedere sia per la vendita dei mobili pignorati, che sulla domanda di *sospensione* della vendita fatta dal terzo. Ma non può il conciliatore giudicare anche del *merito* dell'istanza del terzo, perchè essa dà luogo ad una controversia che volge sopra un'azione *reale*, e le azioni reali, anche dopo la legge 16 giugno 1892, continuano ad essere sempre sottratte alla competenza del conciliatore (art. 10 — V. conf. MATTIROLO *Dir. giud. civ.*, 4ª ediz., vol. V. n. 947; PATERI, *Gli atti della proc. civ.*, vol. III, n, 238, PLANTNER, nell' *Annuario proc. civ.* 1894 (XII), p. 216 LESSONA, *Man. di proc. civ.*, Milano, 1900, n. 297; CASS. FIRENZE, 21 giugno 1894 *Giur. tor.*, 1895, p. 11 PRET. VIADANA. 25 aprile 1901, *Giudice conciliatore*, 327).

Nè giova il dire che l'istanza in separazione non sia un' azione schiettamente vindicatoria, perchè non ha occasione da atti o pretese di proprietà posti in essere dal debitore (MORTARA *Man.*, 3ª ediz., vol. II, n. 752) : essa ha occasione da pretese di proprietà poste in essere da chi la reclama, e come tale è sempre azione *reale*.

Anche la seconda massima è inoppugnabile.

Se l'incompetenza per materia o valore può essere proposta in qualunque stato o grado della causa (art. 187 cod. proc. civ.) è chiaro che può sollevarsi per la prima volta in Cassazione (V. conf. MORTARA, *Man.*, 3. ediz., vol I, n. 88 ; MATTIROLO *Dir. giud. civ.* 4ª ediz., volum. I, n, 988, nota 2, CASS. FIRENZE, 15 gennaio 1875, *Giornale delle leggi*, 1875, p. 127 ; CASS. TORINO, 28 aprile 1878, *Legge* 1879, I, pag. 187, 10 dicembre 1878, *Giur. tor.*, 1879, p. 318,6 marzo 1879, *id.* 1879, 357-8, 25 maggio 1880, *Gazzetta legale*, 1880, pag, 233 ; CASS. NAPOLI, 24 maggio 1875, *Annali*, IX, 1, col. 406, 31 gennaio 1883, *Filangieri*, 1883, 2. p. 322, e 23 maggio 1885, *Legge*, 1886, 2, p. 517; CASS. ROMA, 14 luglio 1877, *Legge* 1878 1, p. 41, e 1° gennaio 1880, *Gazz. legale*, 1880, p. 341). Nè può dirsi che vi sia

Nelle azioni reali in vero, ancorchè si riferiscano a cose mobili, possono sempre trovarsi implicati il diritto e lo interesse dei terzi.

Le quistioni alle medesime relative spesso assumono forme ed aspetti complicati, sicchè per la loro risoluzione occorre una dottrina ed una pratica, che non si possono presupporre nei giudici conciliatori.

Che si versi nella specie in tema di azione in separazione, sostenendo la Tamburi, che sian suoi perchè dotali, i frutti pegnorati da Di Giudice. Or non è a porre in dubbio, che sia reale l'azione in separazione, perchè essa, concessa al terzo dallo art. 647 del Cod. di proc. C., ha il suo fondamento nella, « proprietà od altro dritto reale sopra tutti o parte dei mobili pegnorati » e tende allo scopo di far ricuperare al terzo il godimento o la libera disponibilità delle cose o dei dritti su queste esistenti, facendone cessare la custodia giudiziale ed impedendone la vendita.

Che di conseguenza il Conciliatore di S. Basile era incompetente a provvedere sull'azione istituita dalla Tamburi ed il pretore adito in grado di appello avrebbe dovuto, anche di uffizio, rilevare la incompetenza.

Che non possa dirsi, che sia passata in cosa giudicata la denunciata sentenza, quanto alla competenza, per non essere stata la relativa eccezione proposta nè in prima, nè in seconda istanza, nè rilevata di ufficio, sia perchè non evvi giudicato senza l'analoga disputa, *tantum judicatum*, *quantum di-*

---

giudicato sulla competenza, quando sulla relativa eccezione non vi fu pronunzia dei giudici del merito, ed il ricorso in Cassazione fu prodotto in tempo utile (V. Cass. Roma, 20 dicembre 1900, voce *Competenza civile*, n. 175 ;) e Mortara, op. vol, cit. (n. 90-92).

È controverso invece se l'incompetenza assoluta possa proporsi per la prima volta in cassazione solo quando apparisca e risulti fondata dagli atti e documenti della causa svoltasi nel giudizio di merito, di guisa che non occorra di provarla con nuovi atti o documenti ; ovvero sia lecito dedurla anche quando a sostegno di essa occorra produrre per la prima volta i documenti atti a stabilirla e a provarla. Il Mattirolo (*Dir. giud. civ.*, 4ª ediz. vol. I, n. 988, nota 2), la Corte di Cassazione di Torino (31 marzo 1875, p. 401 ; 6 marzo 1879, *ivi*, 1879, p. 357 ; 2 luglio e 21 agosto 1881, *ivi*, 1881, p. 566 e 662, 9 novembre 1882, *Legge*, 1883, I, 299 5 aprile 1883, *ivi*, 1883, p. 614 ; 8 e 15 aprile 1884, *ivi*, p. 406 e 439 ; 27 gennaio 1885, *ivi*, 1885, p. 194 ; 12 maggio e 1° giugno 1886, *ivi*, 1886, p. 389 e 549; 25 febbraio e 11 ottobre 1887, *ivi* 1887, p. 287 e 641 ; 20 aprile 1888, *ivi*, 1888, p. 388 ; 19 agosto, 9 ottobre e 21 novembre 1890, *ivi*, 1890, p. 628, 732 e 776, 5 febbraio e 10 dicembre 1891, *ivi*, 1891, p. 165, e 1892, p. 79-80) e la Corte di Cassazione di Firenze (10 dicembre 1890, *Giur. it.*, 1891, I, 205) sostengono la prima opinione ; la Corte di Cassazione di Napoli (13 gennaio 1891, *Legge* 1891, 2, p. 48-49) la seconda ; e tra le due certo quest'ultima è la meno corretta, poichè la Corte di Cassazione non può procedere a quelle indagini di fatto che sieno necessarie per accertare il valore o la materia della causa se non emergono dalle risultanze del giudizio di merito.

Ma anche la prima opinione è troppo assoluta, epperò parmi più accettabile la teoria del Lessona (*Man. di proc.* civ., Milano, 1900, n. 68), secondo cui l'incompetenza assoluta può eccepirsi in Cassazione dando le prove all'infuori degli atti, previo rinvio al giudice di merito in primo grado.

Avv. A. Erra

sputatum, sia perchè il passaggio in giudicato di qualunque sentenza non può aversi, se non quando siansi esauriti tutt' i gradi di giurisdizione, sicchè la decisione si presenta non suscettibile di ulteriore rimedio, o quando sia decorso il termine utile per appellare o per valersi di altro dei rimedii conceduti dalla legge contro le sentenze, o per la rinunzia al gravame che fosse stato sperimentato.

E nessuno di questi casi nella specie si avvera. Nè è a ricorrere all' assunto del giudicato implicito imperocchè è contrario il giudicato implicito ai principii fondamentali della nostra legislazione.

Che non sia a recarsi in dubbio, che possa in cassazione proporsi per la prima volta la incompetenza assoluta, sia perchè la sentenza è tuttora *sub judice*, sia perchè sulla giurisdizione non si forma senza discettazione giudicato e perciò debbono reputarsi nulli gli atti pronunciati dal giudice, che di giurisdizione mancava, essendo la giurisdizione di interesse pubblico.

Che dalle premesse cose discenda, che debba cassarsi la impugnata sentenza, dichiarare la incompetenza del Conciliatore di S. Basile e rinviare la causa al Pretore di Castrovillari, perchè giudichi in prima istanza sulla dimanda proposta da Marta Tamburi. Per tali motivi. La Corte cassa e rinvia.

22 luglio 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.)—Est. ABATEMARCO
Nicolini - Ferrara

Fallimento — Gravame — Autorizzazione del giudice delegato — Se possa esser data implicitamente.

Risoluzione della locazione per mora anteriore alla dichiarazione del fallimento — Se possa chiedersi dopo. Art. 702 cod. comm.

Tacita rinunzia allo sperimento di un' azione — Condizioni per l' esistenza della stessa — Domanda di pagamento di pigioni per l' immobile locato al fallito in sede di verifica — Riserva di chiedere la risoluzione del contratto — Se rimanga pregiudicata la relativa azione. Art. 700, 701, 707 Cod. Comm. 1165 Cod. Civ.

L' autorizzazione del giudice delegato per proporre un gravame può essere anche implicita, ed è tale quando il giudice delegato abbia nominato l' avvocato per la discussione del gravame.

Può il locatore chiedere la risoluzione del contratto di locazione dello immobile destinato all'esercizio del commercio del fallito per mora anteriore alla pronunzia del fallimento.

La tacita rinunzia che si oppone all' attore in forza dello aforisma protestatio *etc. deve risultare da un fatto tale che escluda la volontà dell'attore di sperimentare l' azione proposta.*

In conseguenza, se il locatore si presenta in sede di verifica dei crediti per domandare il pagamento delle pigioni non pagate, non pregiudica con ciò il diritto che si riservò espressamente di domandare la risoluzione del contratto di locazione ed i conseguenti danni.

Sui cennati mezzi il Collegio Supremo osserva che il 1° mezzo non regge per aver la Corte ritenuto in fatto ed essersi di conseguenza convinta che

il Giudice delegato nominò esso l' avvocato per la discussione dello appello ed in tal modo venne ad approvare che cotesto gravame andasse proposto. Or non essendovi una tassativa disposizione di legge che a pena di nullità prescriva l'autorizzazione del Giudice delegato alle operazioni del fallimento da darsi al curatore per proporre un gravame, ma invece apparendo chiaro lo scopo della legge che il Giudice vigilasse la gestione del curatore nello svolgimento degli atti giudiziarii, è da concludere che quando risulta il suo consentimento col concorso a qualche provvedimento necessario alla discussione del gravame l'autorizzazione s'intende conceduta implicitamente e con ciò si è soddisfatto agli intendimenti del legislatore.

Nè vale l' obbiezione che, essendosi opposta all' appello la delegazione dei creditori, doveva apparire maggiormente necessaria l' autorizzazione, perchè codesta circostanza serve a dimostrare che il giudice delegato era informato della opportunità o meno del gravame e vi acconsentì nominando l'avvocato che lo dovesse sostenere.

È inutile poi discutere della nomina del procuratore, quando questi era costituito nella persona del curatore, nè dell'usciere che, ben disse la Corte, non era destinato ad un provvedimento di fiducia, ma alla semplice notificazione dell'appello che in effetti fu virtualmente notificato.

Che il 2° mezzo merita considerazione.

La Corte nell'interpetrazione degli art. 700 e ss. cod. di com. ed in generale sul modo d'intendere l' istituto del fallimento, fu guidata da un criterio giuridico esagerato pel quale ha creduto che nei fini del legislatere fosse prevalente la difesa della collettività degli interessi dei creditori concorrenti nella fallita su quello singolare di ogni creditore. Il legislatore questo non ha inteso.

La dichiarazione di fallimento mette in istato di liquidazione il patrimonio del fallito ed apre sullo stesso il concorso dei creditori, i quali vi si presentano coi loro titoli per essere collocati in sede della rispettiva verificazione secondo la natura del credito; e con le azioni che avrebbero potuto sperimentare contro il fallito e che invece debbono rivolgere al curatore, che ne esprime la rappresentanza.

La suddetta liquidazione patrimoniale importa per necessità che s'intendono scaduti i debiti del fallito sia a termine obbligatorio e sia volontario (articolo 701).

Il legislatore però a fin di non rendere disastrosa la liquidazione ha infrenato per un certo periodo l'azione esecutiva del locatore per le pigioni dovute dal fallito sopra gli effetti mobili che servono al suo commercio facendo salvi al locatore stesso i provvedimenti conservativi ed *il diritto acquisito anteriormente al fallimento di riprendere il possesso dei beni locati.*

Parimenti il legislatore ha conceduto alla massa dei creditori la facoltà di chiedere lo scioglimento di un contratto di locazione conchiuso pei bisogni del commercio e che debba durare più di tre anni dalla data del dichiarato fallimento *mediante però il pagamento al proprietario di un giusto compenso*, e la continuazione dell' esercizio provvisorio del commercio, se il continuarlo profitta alla massa.

Da ultimo il legislatore ha cercato che non sia turbata la relativa uguaglianza fra creditori dopo la dichiarazione di fallimento annullando certi atti

operazioni o pagamenti (art. 707) fatti in frode, ed ammettendo certi altri atti che si trovano specificati negli art. 708 e 709 salvo prova in contrario.

Oltre questi espedienti e quelli indicati nell'art. 700 relativamente agl' interessi, niun altro freno ed ostacolo il legislatore ha posto al libero esercizio delle azioni dei creditori. La distinzione quindi che la Corte pone qual capo saldo della sua decisione fra diritti sperimentati prima o dopo la dichiarazione del fallimento, non si trova scritta nella legge, salvo la limitazione all' art. 702 in quanto al diritto di agire nei mobili da parte del locatore che resta sospeso per trenta giorni *qualora non abbia acquistato il diritto anteriormente alla dichiarazione del fallimento di riprendere la cosa locata.*

Ora, se prima della pronunzia del fallimento aveva la Nicolini acquistato il diritto alla risoluzione, non le si poteva questa negare, proponendola contro il curatore e tanto più quando costui non pagando qualche mensile dopo la data della sentenza cadeva egli stesso in mora come dicesi.

Dov' è dunque questo divieto all'esercizio all'azione di risoluzione?

Codeste limitazioni sono da trovarsi espresse nella legge, come tutte le disposizioni proibitive, alle quali non si può giungere per supposizioni d'interterpetrazione come ha fatto la Corte.

Essa prendendo a rovescio un argomento di analogia dell' art. 702 e dicendo che l'azione di risoluzione occorreva proporla ed ottenere prima della dichiarazione del fallimento confondeva il diritto quesito alla risoluzione per inadempimento col posteriore riconoscimento che è fatto dal magistrato, riportandosi alla già avvenuta infrazione contrattuale.

Nè si dica che consentendosi lo esercizio provvisorio del commercio vengasi implicitamente ad impedire la risoluzione del contratto di locazione e la ripresa della cosa locata, perchè quella facoltà non può intendersi conceduta in detrimento dei diritti del locatore, e senza un corrispondente e giusto compenso, il quale come vien concesso nel caso di risoluzione di un contratto che debba durare oltre tre anni dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento, non potrebbe negarsi quando piacesse continuare nel vantaggio della fallita una locazione caduta in risoluzione.

La Corte adunque avendo tal parte della sua sentenza fondata sopra un errato principio di diritto merita censura con l'accoglimento del relativo mezzo di annullamento.

Ma la Corte ripiega sulla inefficacia della condizione risolutiva e soggiunge che anche ad ammetterla, la Nicolini avesse mostrato di non volersi servire della facoltà riservatasi, quando presentavasi nella verificazione dei crediti a chiedere i mensili scaduti e quelli da scadere, fino al tempo della locazione.

Per dir ciò, la Corte rileva che nel contratto di locazione non fu scritta la risoluzione *de jure* del contratto, anzi fu lasciato alla volontà della locatrice il dimandarla, e da tale adoperata locuzione trae la conseguenza di versare la controversia in tema di condizione risolutiva tacita, sottintesa in tutti i contratti bilaterali, che dà il diritto alla scelta fra il costringere all' adempimento, ed il chiedere la risoluzione; scelta già fatta dalla Nicolini col presentarsi in sede di verificazione dei crediti.

Ma qui la Corte largheggia nella premessa di diritto per cavarne conse-

guenza maggiore di quella che il caso speciale consente, onde con ragione se ne lamenta la ricorrente col 3.° e 4.° mezzo.

Ed invero tornava inutile la distinzione fra condizione risolutiva tacita ed espressa, quando il contratto offriva il patto espresso, che l'infrazione di un solo dei patti ; ed il mancato pagamento della pigione portavano l'abbreviazione del termine.

La distinzione utile sarebbe stata quella di rilevare , che nella risoluzione *de jure* il patto toglie al magistrato la facoltà equitativa della concessione di una dilazione, ammessa nell' altro caso: ma la Corte, che comprendeva che il farlo non giovava trattandosi di un' obbligazione commerciale, quale era la locazione d'una casa ad uso d'albergo per cui era da invocarsi l'art. 42 Cod. di comm. , preferì di negare addirittura il patto della condizione risolutiva espressa per adagiarsi più comodamente alle conseguenze della condizione risolutiva tacita, le quali senza fastidio la conducevano a mutare la sua decisione.

E poichè all'intelletto della Corte non poteva sfuggire l'importanza dell'art. 42 sopra citato e l'art. 1165 cod. civ. credette cavarsela con le seguenti frasi che si leggono nella relativa considerazione « restando estranea alla causa « cui la Nicolini si è abbandonata circa la dilazione art. 1165 ult. capov. « cod. civ. e 42 cod. di com. perchè mai chiesta dal curatore. » Cadde così in evidente difetto di motivazione, perchè l' esame non era estraneo *alla* causa e la signora Nicolini vi si *abbandonava* ripetendo le deduzioni in prima istanza accolte, non perchè intendeva combattere una dilazione non richiesta, ma per avvalorare la sua tesi che non le si potesse contrastare la risoluzione immediata del contratto con inattendibile distinzione (nel caso) fra condizione risolutiva tacita ed espressa, respinta dal patto esplicito, e da un principio di legge. Vero è che alle suddette frasi la Corte fa seguire l' altro concetto, esclusivo della risoluzione, per essere la Nicolini concorsa nella verificazione dei crediti per chiedere l' ammissione di quanto le spettava in dipendenza della locazione che perciò voleva eseguire, ma anche in questo la motivazione è difettosa , perchè non valuta l' importanza della riserva, quando chiedevasi quella ammissione ; nè bastava ad inficiarla di frustraneità il ricordo del trito apoftegma *protestatio contra factum*: ed invero questo che è il fondamento delle rinuncie tacite, si ricava da un fatto che esclude per incompatibilità di opposte volontà, la presunzione contraria di avvalersi di un diritto , che non può coesistere con quella diversa manifestazione, deve essere logicamente desunta dal complesso delle circostanze le quali concorsero a quella manifestazione, che potrebbero togliere l'apparente contraddizione di proponimenti.

La signora Nicolini infatti si trovava di fronte ad un giudizio universale di fallimento , in cui i termini ed i modi di fare la insinuazione dei propri crediti sono dalla legge assegnati , e quindi era costretta a presentarsi per chiedere il suo, e nel chiederlo in siffatte condizioni procedurali la protesta diveniva una logica e necessaria riserva di diritto , da cui non era lecito ricavare una incompatibilità di opposta volontà determinante la presunzione della rinunzia d'avvalersi di un diritto.

D' altra parte la Corte che ha creduto ricordare d' aver la Nicolini fatto richiamo nella dimanda d'ammissione dei crediti , allo art. 703 , non spiega

questo generico richiamo a quale scopo fu fatto, nè ha riflettuto che nel chiedersi tutte le pigioni da scadere, oltre le scadute e non soddisfatte, dimostrava chiaramente di voler risoluto il contratto per abbreviazione del termine, sicchè le future pigioni domandate sino àlla convenuta scadenza rappresentavano l'equivalente del danno in caso che altra locazione non accadesse conchiudere, danno che era previsto dalla contrattazione.

Ora la manifestazione di siffatta intenzione giustificava non solo la riserva di poi attuata con la citazione, ma toglieva ogni valore dell'affermata protesta contro il fatto.

La Corte alludeva ancora ad una migliore contrattazione tenuta in mira dalla Nicolini, che perciò era mossa dal desiderio di un lucro, mentre il fallito, che già aveva fatto offerta di concordato, sperava, continuando la sua accreditata speculazione, risollevare la sua posizione. L'argomento morale ha però un'altra faccia che pur bisogna guardare; ed è, che, nella incertezza di un concordato da concludere, e della futura osservanza, alla Nicolini era ben lecito pensare ai casi suoi e del suo figlio minore, tanto più che le rendite di quello stabile servivano a pagare la semestralità del Credito fondiario gravante per mutuo su di esso.

Inoltre essendo privilegiato il credito della Nicolini ne sarebbe scomparsa la parte maggiore, relativa alle maturande pigioni, col ricavato che essa avrebbe tratto dalla nuova locazione, e la massa dei creditori se ne sarebbe avvantaggiata e fu questa la ragione per la quale diversi creditori si opposero a che il curatore producesse appello, il quale fu portato ciò non di meno guardando vie più all'interesse del fallito.

Ed è noto che il curatore avendo contestata l'ammissione del credito della Nicolini, questa nel medesimo giorno istituì per premunirsi il giudizio di risoluzione, ma poi per essere più libera in questo, rinunziò più tardi al credito per le future pigioni.

Omissis. Per tali motivi — La Corte cassa ecc.

10 luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. CIACCIA
Volpicelli - Volpicelli

Fallimento - Creditore ipotecario procedente sulla massa chirografaria - Effetti del concordato. Art. 670 cod. di comm. del 1865; 735 e ss. 834 ed 840 cod. di comm. attuale.

Allorchè il creditore, prescindendo dal suo diritto ipotecario, esercita l'azione personale sulla massa chirografaria, soggiace alla legge del concordato. (1)

Osserva che i primi due mezzi di annullamento del secondo ricorso 16 marzo 1903 riproduttivi dei mezzi quinto e sesto del primo ricorso 17 giugno 1902 riguardano come già si è detto, i soli ricorrenti Giovanna Volpicilli ed i di

(1) *Dei diritti del creditore ipotecario sulla massa chirografaria dopo il concordato nel caso che risulti incapiente sull'immobile ipotecato.*

I. Tre opinioni si contendono il campo, la prima la quale ritiene che il credi-

lei due figli falliti Vincenzo e Mario, e sono fra loro intimamente connessi perchè tutti e due impegnano l'unica quistione di dritto relativa alla estensione dei dritti dei creditori ipotecari in seguito al concordato sulla massa mobiliare chirografaria, o in altri più concreti termini: se Elisabetta Volpi-

---

tore ipotecario non abbia alcun diritto (RUTA nella *Riv. univ. di dott. e giur.* fascicolo XXI e XXII del 1895, A. Roma, 3 febbraio 1894 nella *Temi Romana* 1894, 96), la seconda la quale ritiene che possa concorrervi sottoponendosi alla legge del concordato (DALLOZ, *Faillite* n. 1065 e ss., PARDESSUS n. 1248, BEDARRIDE, t. 2 n. 596 BOULAY PATY n. 390, VIDARI n. 727, CUZZERI sull' art. 834; MASI *Del fallimento* p. 515, BOLAFFIO id., MASÈ DARI id. CALAMANDREI id.. Cass. Francese 25 maggio 1864, A. Torino 6 dic. 1867, Cass. Torino 25 febb. 1887, A. Torino 5 dic. 1899, e la surriferita sentenza della cass. di Napoli); la terza la quale ritiene che possa pretendere di essere soddisfatto per intero, ma non sulla massa destinata al pagamento dei creditori chirografarii concordatarii (A Roma, 25 novembre 1897). »

II. L'art. 834 c. di comm. dispone: « Per formare la maggioranza richiesta per la validità del concordato non si computano i crediti con ipoteca, con pegno ed altro privilegio, se i creditori non rinunciano all'ipoteca o al privilegio — La rinunzia può riferirsi anche ad una parte del credito e degli accessorii, purchè sia determinata la somma fra capitale ed accessorii per la quale ha luogo, e non sia questa inferiore alla terza parte dell'intero credito.

« Il voto dato senza alcuna dichiarazione di limitata rinuncia importa di diritto rinuncia all'ipoteca ed al privilegio per l'intero credito. Gli effetti della rinuncia cessano di diritto, se il concordato non ha luogo o viene annullato posteriormente. Le deliberazioni degli altri creditori non possono pregiudicare ai diritti dei creditori ipotecari o privilegiati. »

Questa e tutte le altre disposizioni poste sotto il titolo « del concordato » dimostrano sempre che il concordato si riferisce unicamente e semplicemente ai creditori chirografarii con esclusione dei privilegiati e degli ipotecarii e così pure l' art. 840 il quale dispone che l' omologazione rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori portati o non portati in bilancio, siano o non siano verificati i loro crediti, ed anche per i creditori che hanno residenza fuori del regno e per quelli che sono stati ammessi provvisoriamente al passivo, qualunque sia la somma a loro favore definitivamente liquidata.

III. Generalmente invece si è sostenuta la opinione intermedia, invocandosi le disposizioni del codice francese, del codice del 1865, e del vigente, che trattano dei creditori privilegiati o ipotecarii sugli immobili (art. 552 a 557 c. fr., 666 a 670 cod. del 1865. e 776 a 779 cod. del 1882).

Ma bene a ragione i sostenitori delle altre opinioni si sono opposti rilevando che tali disposizioni si riferiscono a ripartizioni *anteriori* al concordato e non già posteriori.

Invero, a prescindere che tutti gli articoli dimostrano ciò chiaramente, basta ricordarne qualcuno per eliminare ogni dubbio. L'art. 776 cod. vigente, che corrisponde all'art. 667 del precedente ed al 553 del cod. franc. stabilisce che: « Se « una o più ripartizioni del prezzo dei beni mobili ha luogo prima della distribu- « zione del prezzo degli immobili, i creditori privilegiati o ipotecarii, i crediti dei « quali sono già verificati, concorrono alla ripartizione in proporzione dell'intero « loro credito, salvo le separazioni accennate in appresso ».

Tale articolo è concepibile solo durante lo stato di fallimento, quando tutti i creditori debbono essere soddisfatti interamente dei loro crediti, e quindi vanno

celli, creditrice ipotecaria non intervenuta per legge nel concordato possa con l'azione personale, come creditrice chirogrataria pretendere dai due falliti la intera loro quota di debiti, ovvero la percentuale stabilita col concordato.

Tale quistione trovasi *in terminis* risoluta con lo art. 670 del cod. di com.

---

in contributo sopra il denaro da distribuirsi : ma è assolutamente inconcepibile dopo l'avvenuto concordato, quando il creditore privilegiato o ipotecario deve sperimentare le sue azioni speciali ma non può pretendere di concorrere nelle distribuzioni che il debitore fallito concordatario fa del suo denaro a norma del concordato.

È talmente evidente ciò che diciamo, che crediamo inutile insistervi ulteriormente — Nè vale invocare l'art. 670 del cod. del 1865, uniforme all'art. 556 del cod. francese, riportato nel testo, a cui fa riscontro il nostro art. 779 e 775. Invero esso al pari degli altri riguarda sempre il caso di ripartizione di prezzo e di insufficienza verificatasi durante le operazioni del fallimento, ed in tal caso è logico che detti creditori rimasti incapienti divengono creditori chirografarii per la resta e come tali possono prender parte al concordato e, intervengano o no, ne subiscono sempre gli effetti e partecipano a tutte le operazioni della massa chirografaria.

È il caso esaminato e risoluto dalla Corte di Appello di Roma addì 30 luglio 1896 in causa Banca Romana c. Ditta Ronghetti - Stradella (Foro it. 1896-1285).

« Attesochè — disse la Corte — nella presente causa non è necessario esaminare la quistione circa la condizione giuridica del creditore ipotecario nel fallimento quando per non aver rinunziato, nè in tutto nè in parte, alla garanzia stipulata, non ha fatto per ciò parte della deliberazione del concordato e pur nondimeno voglia concorrere ai vantaggi: giacchè, quale che sia l' opinione che possa aversi di fronte alla diversa posizione dei creditori ipotecarii di fronte alla massa del fallimento nell'ipotesi della liquidazione del fallimento e nell'altra del concordato senza rinunzia, nè totale nè parziale, alla garantia ipotecaria, essendo dovere del giudice risolvere le quistioni per casi ed applicare i principii di diritto ai fatti specifici che gli si presentano, *egli è d'uopo vedere se nella causa in esame la Banca Romana era tuttavia una creditrice ipotecaria allorchè avvenne il concordato del 10 aprile 1895 e possa perciò opporlesi di non avere in alcun modo rinunziato al suo diritto di ipoteca.*

« Ora si è già notato nella esposizione del fatto che la Banca aveva una ipoteca di secondo grado sopra tre casamenti espropriati in danno della Ditta Ronghetti e Stradella ed i risultati delle aggiudicazioni furono talmente disastrosi che la Banca fin da allora rimase assolutamente incapiente e fin d' allora per conseguenza entrò nella categoria dei creditori chirografarii.

« Nessuna rinuncia quindi poteva o doveva fare ad una garentia ipotecaria già frustrata nei suoi effetti, ed il Tribunale esigendola per potere ammettere la Banca nel numero dei creditori chirografarii venne a pretendere un'adempimento che per la forza stessa delle cose era stato sostituito da un avvenimento ancor più radicale, dalla vanità o perdita cioè del diritto ipotecario. »

Resta dunque assodato che le disposizioni che nel codice di commercio si leggono sotto il titolo III, capo II, sezione II « dei creditori privilegiati od ipotecarii sugli immobili » riguardano ripartizioni e distribuzioni ed eventi anteriori al concordato.

IV. E venendo al caso del creditore privilegiato o ipotecario, noi possiamo avere tre casi. Il creditore privilegiato o ipotecario diventa incapiente prima del concordato : egli passa nei chirografarii qualunque sia l'ammontare della sua incapienza,

del 1865, il quale uniformemente alla legislazione francese ed a quella napoletana così disponeva:

« I creditori privilegiati ipotecarii che non sono collocati sul prezzo in grado « utile, sono considerati come chirografarii e sottoposti come tali agli effetti

---

ha dritto di prendere parte al concordato e ne subisce gli effetti. Il creditore privilegiato o ipotecario il quale conserva fino al concordato il privilegio o l'ipoteca, ma che rinunzia per lo meno al terzo dell'intero credito, può prendere parte al concordato e invocarne gli effetti per la parte rinunziata. Il creditore privilegiato o ipotecario, che non è intervenuto al concordato nè ha rinunziato a nulla, posteriormente risulta incapiente. Quale è la posizione di costui?

Si dice: se il legislatore ha negato al creditore privilegiato o ipotecario di intervenire nel concordato, ciò è stato solo perchè egli non vi ha alcun interesse, garentito come è, e renderebbe il concordato più difficile. Ma se il creditore fidando sul privilegio o ipoteca ha fatto a meno della rinunzia totale o parziale e di intervenire nel concordato: se la sua garentia si appalesa poi insufficiente ed egli diventa un puro e semplice creditore chirografario, come negare a lui di esser considerato come tale e di invocare l' art. 840 cod. di Commercio?

D' altra parte, col concordato il fallito si è obbligato a pagare i creditori chirografarii in una data misura, lasciando ai creditori privilegiati ed ipotecarii di esercitare le loro azioni speciali. Ma se il creditore, avendole sperimentate, resta incapiente e si riduce alla condizione di un creditore chirografario, come mai può egli poi pretendere l'intero? L'intero egli può pretenderlo solo mercè il suo privilegio od ipoteca; all'infuori di queste due cause di prelazione, che non sono state pregiudicate dal concordato, egli non può seguitare a pretendere l'intero, ma può solo pretendere la percentuale comune ai creditori chirografarii e il concordato spiega la sua influenza per tutti indistintamente i creditori chirografarii.

D'altra parte si soggiunge: « L'art. 840 mal si invoca: imperocchè se è vero che ivi è detto essere il concordato obbligatorio per tutti i creditori, portati o non portati in bilancio, siano o non siano verificati i loro crediti, ed anche pei creditori che hanno residenza fuori del regno e per quelli che sono stati ammessi provvisoriamente al passivo, è altrettanto vero che cotesto articolo non può prendersi che in relazione all'altro art. 834. E se in questo articolo è prescritto che per la validità del concordato non si comprendono nella maggioranza, che occorre, i creditori con privilegio con pegno o con ipoteca, quando non preceda la rinunzia a coteste cause di prelazione e di preferenza, ciò importa che ai creditori privilegiati od ipotecarii non si riferisce il detto articolo 840, essi rimanendo estranei al concordato perchè, non chiamati a farne parte, non ne possono subire gli effetti.

« Nè si dica che ciò ritenendo, il concordato non dovrebbe mentre lo è, essere obbligatorio per i creditori chirografarii non intervenuti ovvero dissenzienti; imperocchè se per questi creditori il concordato si ritiene obbligatorio, lo è per l'indiscutibile principio che esso è l'opera della maggioranza, il cui volere la minoranza deve subire: ma questo volere non può imporsi a quei creditori che la legge esclude a far parte della maggioranza, ritenendoli garentiti dal privilegio, dal pegno o dall'ipoteca, e quindi disinteressati ad una convenzione che non può spiegare alcun effetto su cotesta loro garanzia.

« Mal s'invoca poi l'altro articolo 834; inquantochè se da tale disposizione emerge una limitazione dei diritti dei creditori privilegiati ed ipotecarii, emerge di fronte ai creditori concordatarii, i dritti dei quali debbono svolgersi sulla massa mobiliare, ma non di fronte al debitore fallito e poi riabilitato; di modo che se essi

« del concordato e di tutte le operazioni della massa chirografaria. » E la stessa risoluzione deve pure seguire sotto lo impero del vigente cod. di com. *commercio* del 1882, malgrado che in esso non trovisi letteralmente riprodotto il sutrascritto articolo 670 dell'abolito codice.

———

hanno il dovere di rispettare cotesta massa, da questo dovere non sorge l' altro di rispettare tutto ciò che è supero della medesima e tutti quei beni che possono al fallito pervenire per la sua riacquistata capacità giuridica. Se non fosse così bisognerebbe ammmettere la invocata teorica, che il concordato è obbligatorio anche per i creditori privilegiati od ipotecarii, e che conseguentemente il fallito è simasto esonerato da ogni suo obbligo, ciò che si è visto non potersi ritenere » (Corte A. Roma 25 novembre 1897 — *Foro ital.* 1899, I, 890).

Noi crediamo che il creditore privilegiato o con pegno o con ipoteca che ha voluto intervenire al concordato, debba limitarsi semplicemente allo sperimento delle azioni derivanti dal privilegio, pegno od ipoteca, e non possa agire nè sulla massa chirografaria, nè sul supero o sui beni che possono pervenire al fallito per la sua riacquistata capacità giuridica.

Oltre le ragioni accennate dalla Corte di Appello di Roma per dimostrare che i creditori privilegiati non possono mai partecipare agli effetti del concordato noi aggiungiamo il richiamo all' art. 772 cod. di comm., il quale stabilisce che il curatore può in ogni tempo riscattare la cosa data a pegno pagando il creditore e può anche far ordinare dal giudice delegato la vendita del pegno ai pubblici incanti, nè il creditore può opporsi, fuorchè rinunziando al diritto di ottenere il pagamento del suo credito sui beni non vincolati al pegno — Ora, se questo creditore pegnoratizio, ove si opponga alla vendita del pegno e voglia invece riservare a sè ogni azione in proposito, deve rinunziare al dritto di ottenere il pagamento del suo credito e della possibile resta sul restante patrimonio del fallito, è logico che egli, non intervenendo al concordato, intenda conservare e riservare a sè ogni azione pegnoratizia, e viene a rinunziare altresì al diritto di ottenere il pagamento del suo credito o della possibile resta sul residuale patrimonio del fallito.

D' altra parte i creditori chirografarii, i quali sono intervenuti al concordato non si sono punto preoccupati e non dovevano preoccuparsi della condizione dei creditori privilegiati o con pegno o con ipoteca, ed essi stabiliscono la percentuale e le altre modalità e condizioni del concordato, tenendo conto del patrimonio del fallito non sottoposto a vincoli reali, della sua attività e della massa chirografaria Ora sarebbe eminentemente ingiusto che i creditori privilegiati, pignoratizii ed ipotecarii rimasti incapienti si presentassero a partecipare ai vantaggi del concordato col rischio di rendere al debitore impossibile di soddisfare i suoi impegni.

Ma crediamo pure, come abbiamo detto, che essi creditori non possano neanche agire sul dippiù o sui beni che possono pervenire al fallito dopo la riacquistata capacità giuridica. Invero il concordato tende a far cessare lo stato di fallimento sia pagando ai creditori chirografarii la pattuita percentuale, sia lasciando ai creditori speciali — con privilegio, pegno od ipoteca — di sperimentare le loro azioni speciali. Nè si dica che questi creditori speciali non hanno mai rinunziato al diritto spettante ad ogni creditore di pretendere la soddisfazione del credito con tutti i beni del suo debitore. Con la promozione del concordato, essi vennero posti nell' alternativa o di riservarsi le sole azioni speciali e sui soli beni vincolati a loro favore, o di passare fra i chirografarii e prendere la relativa percentuale. Se essi, fatti i loro conti, credettero che sarebbero stati meglio soddisfatti mercè l'esercizio delle loro azioni speciali e se poi ciò non è avvenuto, essi non possono imputarne che sè stessi.

I principii informatori dell'abolita e della vigente legislazione commerciale in tema degli effetti del concordato sono di certo immutati e per quella vigente sono tutti racchiusi nei diversi articoli invocati coi due mezzi di annullamento. E fra essi sono principalmente notevoli: l'art. 834, il quale dispone nell'ultimo capoverso che le deliberazioni degli altri creditori non possono pregiudicare ai diritti dei creditori ipotecari o privilegiati, l'art. 840, il quale prescrive che l'omologazione rende il concordato obbligatorio per tutti i creditori; e più di tutti gli articoli 775 e seguenti, che posti sotto la stessa rubrica dell'abolito cod. di comm. del 1865, regolano il concorso o la partecipazione dei creditori ipotecari o privilegiati tanto sui beni soggetti ad ipoteca o privilegio che sulla massa chirografaria. Dallo insieme di siffatte disposizioni risulta nitido e chiaro quello stesso concetto giuridico, già espressamente codificato nell'art. 670 del cod. di Comm. del 1865, vale a dire che quando i creditori ipotecarii o privilegiati escono, prescindendo dallo esercizio del loro diritto ipotecario o privilegiato sulla cosa mobile od immobile sottoposta a privilegio od ipoteca, o sul prezzo di esse riuscissero in tutto o in parte non utilmente collocati, ed intendono invece esercitare l'azione personale sulla massa chirografaria indipendentemente dall'ipoteca o dal privilegio, i soli che conferiscono il diritto all' intiero non pregiudicato dal concordato, in tal caso essi van considerati, e non altrimenti potrebbero essere considerati rispetto alle cose non soggette all'ipoteca o al privilegio che come creditori chirografarii, e come tali sono sottoposti alla legge del concordato. Se altrimenti fosse, da un canto si verrebbe a pregiudicare i diritti degli altri creditori, e dall'altro, fuori la cerchia dell' esercizio dell'ipoteca o del privilegio, si verrebbe a creare una posizione giuridica diversa fra creditori chirografarii, condannati non solo dalla eguaglianza del concordato ma ripudiata

---

E che debba essere così si evince anche dall'art. 839 cod. di comm. il quale stabilisce che « qualora dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato il fallito si mostri meritevole di speciale riguardo, la sentenza di omologazione può anche ordinare che, dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti ». Ora non si intende come cessi lo stato di fallimento solo perchè il fallito ha ottemperato a tutti gli obblighi assunti nel concordato ossia al pagamento della percentuale ai creditori chirografarii, mentre restano ancora insoddisfatti i creditori con privilegio, ipoteca o pegno, se non ritenendo che il legislatore non si è preoccupato della condizione di tali creditori, non potendo egli volerne più di loro, e se essi son restati tali vuol dire che son sicuri di essere soddisfatti oppure son più contenti di correre l' alea dello sperimento delle loro azioni speciali che arrestarsi alla percentuale del concordato. Ma supporre che essi, dopo sperimentate le loro azioni e rimasti incapienti, possano rivolgersi sul dippiù o sui beni pervenuti al fallito dopo riacquistata la sua capacità giuridica, significa supporre che possa frattanto continuare uno stato di insolvenza e di fallimento che è cessato coll'adempimento di tutti gli obblighi assunti nel concordato.

Non ci dissimuliamo che tale tesi sia universalmente respinta e ritenuta troppo rigorosa, ma confidiamo che finirà per trionfare perchè è la sola che rettamente armonizzi le varie disposizioni di legge.

Avv. Giuseppe Morvillo

altresì dalla stessa legge commerciale, che con gli art. 862 e seguenti fulmina di nullità e punisce severamente tutti quei vantaggi procurati o stipulati *ultra* il concordato.

La stessa sentenza denunziata non ha potuto non riconoscere la evidenza di questi principii desunti dai su citati articoli 775 e segg. del cod. di comm. ma soggiunge distinguendo fra distribuzione della massa chirografaria avvenuta per opera del curatore *ante il concordato*, e distribuzione fatta dal fallito stesso *post* il concordato. Distinzione affatto arbitraria, sia perchè la prima distribuzione vale quanto la seconda, sia perchè rompe senza ragioni la inesorabile legge di eguaglianza, che domina tutta la materia del concordato.

Se, adunque, i principii informatori dominatori del vigente codice di commercio in tema degli effetti del concordato sono gli stessi di quelli del codice del 1865, alla su proposta quistione sollevata col 1. e 2. mezzo non può darsi che la stessa soluzione espressamente datavi dal succitato articolo 670 di detto codice, vale a dire i dritti d'ipoteca o di privilegio non sono pregiudicati dal concordato e vanno esercitati per lo intero sulla cosa soggetta alla ipoteca o al privilegio, ma quando si esce dalla sfera di azione di questi dritti e si prescinde da essi, e si vuole esercitare l'azione puramente personale sulla massa chirografaria diversa dalle cose colpite dall'ipoteca o dal privilegio, in tal caso i creditori vanno rispetto a questa massa chirografaria, considerati come creditori chirografarii e soggetti, come tali agli effetti del concordato e di tutte le operazioni della massa medesima.

Essendosi adunque violate le diverse disposizioni di legge indicate nei due suddetti mezzi particolari a Giovanna Volpicelli ed ai di lei figli falliti Vincenzo e Mario, ne segue che i mezzi medesimi vanno accolti.

Omissis — Per questi motivi. La Corte cassa e rinvia.

1 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CAMMAROTA (concl. conf.) — Est. PETRUCCELLI
Pagano — Rumieri

Più convenuti in giudizio — Contravvenzione alla legge sul bollo. Art. 98 Cod. Pr. Civ.

La moglie che agisce per danni contro il marito che ha riscosso liberamente una somma dotale e contro il conservatore delle ipoteche che rese possibile tale pagamento per omessa annotazione del vincolo dotale, bene si avvale dell' articolo 98 Cod. proc. civ. scegliendo come foro competente quello del domicilio del marito ed ivi citando il Conservatore.

Quando la citazione contro quel convenuto che designa la competenza territoriale è sfornita dei requisiti fiscali, il magistrato deve limitarsi a dichiarare non luogo a deliberare, ma non può, dopo una tale dichiarazione, esaminare la domanda rispetto agli altri convenuti e, rispetto a questi, dirsi incompetente per territorio.

Che è norma generale statuita dallo art. 90 del vigente cod. di proc. civ. che l' azione personale e l' azione reale sui beni mobili si propongono davanti l' autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o

residenza, ovvero del luogo ove egli dimora se il domicilio suo e la residenza siano ignoti.

L'art. 98 dello stesso codice soggiunge: « L' azione contro più persone « che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti a di- « verse autorità giudiziarie, può essere proposta davanti a quella del luogo « del domicilio o della residenza di alcuna di esse se vi sia connessione per « l'oggetto della domanda o per il titolo o fatto da cui dipenda.

In tal modo il legislatore ovviava alla contraddizione dei giudicati che potesse verificarsi nelle accennate ipotesi ed in altre simili, risolvendo quelle controversie al riguardo sorte sotto lo impero degli aboliti codici dei diversi stati italiani.

Or nel caso concreto la signora Amalia Rumieri chiedeva la condanna solidale di suo marito Arturo Camardella e degli eredi del conservatore delle ipoteche Giuseppe Pagano, al risarcimento dei danni per la sofferta perdita della propria dote, perdita che era derivata dal fatto del marito il quale riscosse libera la somma di lire 10mila, ossia parte del prezzo del casamento spropriato per pubblica utilità, su cui era garentita la dote della Rumieri e dal fatto benanche del Conservatore delle ipoteche del tempo qual' era il sig. Giuseppe Pagano, di avere cioè costui omessa la annotazione del vincolo dotale nel relativo certificato che rilasciava. Quindi eravi quella connessione contemplata dal citato art. 98 che consentiva la citazione di più convenuti dinanzi all'autorità giudiziaria del domicilio o della residenza di alcuno di essi.

L' impugnata sentenza tanto rilevava, e con giusti criterii osservava che la responsabilità ricadeva non pure sul Camardella, ma eziandio sul detto conservatore delle ipoteche sig. Pagano, e ne dovevano quindi risentire le conseguenze giuridiche ambo gli eredi di costui.

Nè vale l'obbiettare che per far determinare la competenza del Tribunale di Napoli siasi maliziosamente inserito nell'atto di citazione il nome di Camardella, e chiesta la condanna solidale dei convenuti.

Imperocchè, essendo i fatti quali ritenuti dalla Corte di appello, non poteva definirsi la quistione di competenza se non come la sentenza in esame.

Laonde il primo e secondo mezzo del ricorso riguardanti ciò che si è discusso, vanno rigettati.

Che non ha miglior fortuna il terzo mezzo. Ivi si censura la impugnata sentenza di contraddizione, assumendosi che, mentre nella parte motiva riconosceva di non poter la citazione rispetto al Camardella esser tenuta in alcun conto per la contravvenzione alla legge sul bollo, nel dispositivo ne negava le legittime conseguenze.

Essa osserva che per la mancanza del bollo alla citazione del Camardella, il tribunale doveva seffermarsi al capo del suo pronunziato di non luogo a deliberare e non già scindere l'unica domanda contro più convenuti e dichiarare la propria incompetenza per quanto concernava il sig. Pagano; perchè la contravvenzione al bollo, poc' anzi enunciata, non rendeva inesistente lo atto in rapporto a Camardella, per tutti gli effetti giuridici.

Ed inoltre rilevava la medesima sentenza che in grado di appello la Rumieri agiva senza il gratuito patrocinio: rimovendo l'ostacolo fiscale, *res incidit*

in eum casum a quo incipere non poterat, per modo che il magiatrato, trovandosi così spianata la via, ben poteva pronunziare sulla lite contestata anche rispetto al Camardella.

Trattavasi di un giudizio che rifletteva più convenuti domiciliati in luoghi diversi, aveva identità di titolo e di oggetto, intendendosi sotto nome di titolo la *causa petendi*, e che appariva connesso contro tutt' i convenuti, e l'art. 98 del codice era applicabile.

La sentenza denunziata, adunque, avendo fatto buon governo della detta disposizione di legge, merita plauso ed il ricorso dev' essere respinto.

Che i convenuti soccombono ed è d'uopo condannarli alle spese ed alla perdita del deposito (art. 541 Cod. proc. civ.).

Per questi motivi. La Corte rigetta ecc.

27 luglio 1903

P. Pres. Santamaria — P. M. Scalfati (concl. conf.) — Est. Petruccelli
Congrega di Carità di Gaeta-Bonanno

Istituzioni pubbliche di beneficenza — Mandato di coazione — Riscossione di fitti—Art. 24 legge 17 Luglio 1890; art. 67 decreto 30 Giugno 1817.

Gl'istituti pubblici di beneficenza possono avvalersi del procedimento privilegiato di coazione per riscuotere anche quelle rendite che non siano sorrette da ruoli esecutivi.

La Corte di Cassazione osserva in diritto.

Che la denunziata sentenza ritenne che non era conforme a legge il procedimento della Congrega di Carità, perchè le disposizioni riguardanti l' esazione sia dell' entrata degli istituti di pubblica beneficenza sia delle entrate comunali, non consentivano potersi usare ad un tempo del procedimento amministrativo, privilegiato e di quello sanzionato dal codice di procedura civile; che la coazione, nel caso concreto, non erasi fatta in base ad un ruolo esecutivo, indipendentemente dal quale non poteva sussistere; che l'esattore, subentrando in tutti i diritti e ragioni del Comune, riscuote l' entrata del Comune medesimo in virtù del ruolo esecutivo per la vigente legge comunale e provinciale cui rimanda l'articolo 24 della legge 17 Luglio 1890, sulle istituzioni pubbliche di beneficenza.

Ma cotesta sentenza è erronea.

Imperocchè la procedura privilegiata giusta l' articolo 67 del decreto 30 gennaio 1817, invocato pur dal Tribunale, incomincia col mandato di coazione di debitori morosi, vidimato dal giudice di pace, oggi Pretore del luogo di residenza del Ricevitore. E nel mandato di coazione deve essere indicato l'oggetto della domanda, la data e la natura del titolo nel quale la medesima coazione è fondata fissandosi benanche la dilazione al pagamento.

Se nel citato articolo 67 del decreto 30 Giugno 1817 fu usata la parola *titolo* senza alcuna limitazione, la si deve intendere per qualsiasi titolo capace a dar luogo ad esecuzione, e non già il solo ruolo esecutivo. Non può altrimenti opinarsi, perocchè, applicandosi il sistema della coazione al recupero di estagli, pigioni ed altri crediti eventuali, e temporanei che non potevano

certamente trovarsi sorretti da ruolo esecutivo, ne sorge chiaro che era consentito spiccarsi la coazione così pei crediti derivanti dal ruolo esecutivo, come per quelli nascenti da altri titoli.

Di talchè il privilegio della coazione in favore dei corpi morali indicati dalla legge è stabilito per la natura del titolo. Onde la sentenza in esame manomise i surriferiti principii, ed il 1° mezzo del ricorso che contiene la cennata doglianza, merita accoglimento.

Che del pari sussiste il 2° mezzo che è diretto a censurare la medesima sentenza anche per avere confuso il ruolo di esazione col ruolo esecutivo, dicendo che l'Esattore subentra in tutti i diritti e ragioni del comune, e riscuote le entrate del Comune in virtù del ruolo esecutivo.

Or l'articolo 24 della legge 17 Luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza statuisce « Le entrate di tali istituti si riscuotono secondo le norme vigenti per la riscossione delle entrate comunali. »

E l'articolo 178 della legge comunale e provinciale dice « L'esazione delle entrate comunali avrà luogo secondo le indicazioni del bilancio e dei ruoli coi privilegi fiscali determinati dalla legge. »

Ivi vi si parla esclusivamente di ruolo esecutivo nel senso del decreto 30 Gennaio 1817, ma bensì di qualunque titolo, pel quale il Comune può procedere col privilegio fiscale, spingendo con la coazione, il che gli è consentito per rendere più spedita la riscossione.

Per lo che deve essere annullata la denunziata sentenza, accogliendosi il ricorso e rinviandosi la causa per nuovo esame ad altro Tribunale anche per provvedere sulle spese di Cassazione (art. 544 Cod. proc. civ.)

Per questi motivi — La Corte cassa ecc.

27 luglio 1903

Pres. Santamaria — P. M. Cammarota (concl. conf.) — Est. Lomonaco
Paolillo-Alizieri

Cambiale — Smarrimento — Procedimento di « ammortizzazione » — Citazione per la condanna al pagamento della valuta della cambiale durante il procedimento — Magistrato competente a conoscerne. Art. 329 e 331 cod. di comm.

Durante il procedimento di ammortizzazione di una cambiale smarrita, volendo chi ha perduto la cambiale agire in giudizio di cognizione contro il debitore, deve seguire le norme ordinarie di competenza, senza alcun riguardo alla pendenza del procedimento di ammortizzazione.

Atteso che la controversia si compendia nell'esame di unica questione, se cioè, in pendenza del procedimento detto di « ammortizzazione » della cambiale volendo il creditore ottenere il pagamento dell' ammontare della medesima, debba adire il magistrato competente per la somma, od in quella vece, la suddetta istanza sia sempre di competenza del Tribunale.

Atteso che lo articolo 331 del codice di commercio sancisce che, durante il termine stabilito nello articolo precedente, il proprietario della cambiale può esercitare tutti gli atti che tendono a comprovare i suoi diritti, e dopo

scaduta la cambiale stessa, può esigerne il pagamento mediante cauzione oppure può chiedere il deposito giudiziale della somma.

Atteso che con questa disposizione, con la quale è autorizzata l'istanza di pagamento senza l'esibizione del titolo cambiario, non è immutata la norma fondamentale di competenza, per la quale il convenuto, ha diritto ad essere giudicato dal suo giudice naturale, e senza incontrare le maggiori spese che deriverebbero da una lite contestata e svolta davanti una superiore autorità giudiziaria.

Se nel rapporto del creditore o del debitore la disputa concerne il paga mento di una somma di L. 450, è il pretore che dee diffinirla in primo grado; è dinanzi a lui che il soscrittore potrà sostener di non esser sussistente il debito, ed il detto magistrato *iuris ordine servato* statuirà sul piato.

Non si tratta pertanto di una dimanda incidentale nella procedura di ammortizzazione; ma di una istanza autonoma, autorizzata dalla legge, non ostante che sia pendente l'altro procedimento, nè il pretore esamina la regolarità del decreto del presidente, nè giudica al riguardo, nè lo potrebbe, senza violare le norme organiche della giurisdizione.

In sostanza, il Pretore giudica *an debeatur*, ed a garantia di ogni possibile diritto del sottoscrittore, la somma non verrà riscossa se non mediante cauzione.

Atteso che questo concetto non è turbato dal considerare che esaurito il procedimento di ammortizzazione, il Tribunale deve liberare la cauzione.

Ciò non importa che i due giudizii si debban confondere e che perciò anche la condanna debba essere emessa dal detto collegio.

Allorquando il Tribunale ha constatato che niun altro può aver diritto alla riscossione della somma, è con ciò cessato il motivo per cui chi smarrì la cambiale ha dovuto prestar cauzione la quale non è imposta per solo provvedimento del giudice, ma per ministero di legge, e per occorrere ad una peculiare condizione di cose, e quando questa è terminata, la legge stessa dichiara cessata la cauzione.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

27 luglio 1903

Pres. ff. Salvati — P. M. Mancini (concl. conf.) — Est. Sorrentino
Baccellieri — Catanoso

Giudizi di graduazione — Appello — Udienza di comparizione infra i dieci giorni dalla citazione — Nullità. Art. 145, 190 e 725 cod. di proc. civ.

È inammessibile lo appello con citazione a comparire per un'udienza che ricada prima dei dieci giorni dalla data dello appello, e non sana tale nullità il fatto che il convenuto abbia consentito a varii rinvii.

Che l'art. 725 Cod. Civ. prescrive che l'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione contener debba citazione a comparire davanti la Corte entro il termine di giorni dieci. Or codeste ultime parole nella mente della legge non possono significare altro che il *minimum* di tempo (per la comparizione) da darsi all'appellato nel cui esclusivo interesse il termine è

istituito. Imperocchè sarebbe assurdo, che, mentre il termine non riguarda che l'appellato ed il dritto di difesa di costui, fosse in balia dell' appellante di allungarlo o diminuirlo, citando, secondo il suo piacimento, il primo, o a dieci giorni di distanza, od anche, ad esempio, pel giorno immediatamente successivo, alla intimazione dell'atto. Avendo dunque nella specie, il Baccellieri coll'atto di appello del 14 settembre citato Catanoso a comparire per l'udienza del 19 stesso mese, cioè in un termine minore dei dieci giorni, è evidente la nullità dell'appello, giusta quanto questa Corte Suprema ha costantemente giudicato, in base alla precisa disposizione dell'art. 153 codice citato, che dichiara nulla la citazione, nella quale sia stato assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge. Nè alcuna influenza vale a spiegare l'atto intimato il 18 settembre 1901, col quale Baccellieri dichiarò, che l'invito a comparire doveva intendersi fissato pel 19 successivo mese di ottobre; imperocchè, quando codesto atto fu intimato, la sentenza di primo grado avea già da tre giorni fatto passaggio in cosa giudicata e da Catanoso si era quesito il dritto di far ciò dichiarare, onde la sua comparizione non valse, a norma dell'art. 190 del detto Codice, a sanare la nullità dell' appello, come non valse a sanarla il rinvio della causa, non potendo dal semplice fatto del differimento ancorchè dato col consenso del convenuto, dedursi alcuna rinunzia al dritto da lui quesito giacchè le rinunzie ai diritti non si presumono.

Ed indarno il ricorrente si riporta agli elementi onde consta la citazione di appello, cioè la dichiarazione d'impugnare la sentenza, e l'invito a comparire in una determinata udienza o *vocatio in ius* per conchiudere che siffatti elementi debbano considerarsi distinti e che distinte debbano essere le conseguenze, che da ciascuno di essi possono derivare, e quindi che, se è assoluta ed insanabile la nullità derivante dall'essersi trascurata l'osservanza del termine, quanto alla dichiarazione di appello, è invece relativa e sanabile quella derivante dalla mancanza del termine, quanto alla *vocatio in ius*. imperocchè, se la legge indica tassativamente tutti gli elementi che ciascun atto deve contenere, l'atto medesimo sia sempre il carattere d'un organismo completo, in cui i diversi elementi si compenetrano e insieme si fondono. L'art. 145 infatti del Cod. di p. c. commina la nullità della citazione, quando manchino, in tutto o in parte i requisiti, che per legge in essa racchiudonsi e l'art. 153, come di sopra si è osservato, dichiara la nullità della citazione quando non si è dato un termine a comparire conforme a legge.

È da ultimo inapplicabile alla specie la distinzione, cui accenna il ricorrente, tra l'effetto processuale e l'effetto conservativo dell'atto di citazione, imperocchè siffatta distinzione mira soltanto a salvare dalla nullità l'atto, quando questa riguardi soltanto la notificazione, onde dell'effetto processuale occupansi i quattro numeri dell'art. 145 del Cod. di P. C. e del conservativo il capoverso dell'articolo medesimo.

Che ciò premesso discenda che il ricorso debba rigettarsi.

Per tali motivi. La Corte rigetta il ricorso ecc.

19 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. SORRENTINO
Bredice-Ratti

Danno morale — Quando sia risarcibile — Applicazione al caso di esecuzione in virtù di sentenza poi annullata.

Tra i danni morali bisogna distinguere quelli che, cagionando disturbi allo stato normale, obbligano la persona offesa a ricorrere a mezzi atti ad eliminare il disturbo da quelli che non hanno ripercussione sulla persona fisica: i primi son risarcibili, gli altri no.

In conseguenza il danno morale derivante dalla esecuzione di una sentenza, poi annullata, non è risarcibile.

Osserva che danno morale dicesi ad ogni offesa morale, che il delitto o quasi delitto fanno risentire alla persona lesa, sia turbandola nel godimento del suo patrimonio, sia ferendola nelle sue affezioni ed in quella stima e morale riputazione, che costituisce il patrimonio più puro e rispettato di ogni cittadino — *status integrae existimationis; dignitatis illaesae status* — cagionandole dei patemi di animo, che ne turbino la pace ed il normale andamento. Il danno morale quindi è diverso dal danno fisico, il quale ultimo ha tratto alla lesione fisica arrecata ad una persona.

Che, in tema di rivalsa di danni morali, sia d'uopo distinguere quelli pecuniariamente risarcibili da quelli che tali non sono.

I primi son quelli, che, pur non avendo a base una lesione fisica, si ripercuotono però sulla persona fisica, perchè, cagionando disturbi e variazioni dello stato normale, obbligano la persona offesa a ricorrere a dei mezzi, onde anche il corpo ritorni allo stato normale o perchè abbiano in generale spiegata decisiva influenza sulle condizioni economiche della persona stessa, onde in sostanza questi danni sono danni patrimoniali indiretti.

I danni morali non risarcibili pecuniarmente sono quelli, che han tratto alla mera offesa morale senza ripercussione sulla persona fisica; riguardano esclusivamente il sentimento e la dignità della persona offesa. Or sentimento, dignità personale e danaro sono termini che si escludono. *Liberum corpus nullam recipit existimationem* è il celebre dettato della sapienza romana nella L. 7 Dig. de off. et delictis.

Che nella specie, come si ha dalla denunciata sentenza, la base, onde Bredice chiede la rivalsa per danni morali, è il « discredito, cui andò soggetta « la sua persona d'integro cittadino, di buon padre di famiglia e di pubblico « insegnante » pel pegnoramento eseguito ad istanza del Ricevitore, poscia annullato.

Or per le ragioni testè espresse il discredito, cioè la nuda e semplice offesa al decoro, di cui si duole il ricorrente non è per l'indole sua e per le sue conseguenze pecuniarmente risarcibili, se meglio non voglia dirsi, che venne perfettamente risarcito, medianto il pronunziato annullamento del sequestro e la notizia che di siffatto annullamento si diffuse tra gli amici e conoscenti di lui.

Che dalle premesse cose discende che debba il ricorso rigettarsi.

Visto l'art. 541 C. P. C. — Per tali motivi. La Corte rigetta ecc.

19 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. contr.) — Est. MASCOLO
Ditta Virgilio - Cinque

Società irregolari — Recesso del socio — Prova — Contrattazione della Società con terzi — Scienza in questi ultimi dell' avvenuto recesso — Confusione della prova di quest' ultima con quella della scienza del recesso — Contraddizione. Art. 96 cod. di comm. 517 cod. di proc. civ.

Il recesso del socio da una società irregolare può in date contingenze ritenersi efficace, anche se non avvenga nei modi stabiliti per le società irregolari, nei rapporti coi terzi, ove questi, prima o nel momento della contrattazione con la Società ne abbia avuto scienza. E vien meno al difetto della motivazione la sentenza che adduce prove dello avvenuto recesso senza versarsi in quelle della scienza nei terzi, che contrattarono con la società, di tale recesso.

Che la seconda e la terza censura hanno consistenza giuridica.

Di vero il concetto cardinale della Corte di merito, desunto dalla L. 27 ff. *de div. reg. iuris.* « *Nihil tam naturale est, eodem modo, quidquam dissolvi quo colligatum est* » non è invocato a proposito nella sentenza denunziata.

Se le Società irregolari non sono dal vigente codice di commercio vietate espressamente, debbono pure avere delle disposizioni che le regolano, sia nel rapporto di esse coi terzi, sia infine nei casi di scioglimento o di recesso di alcuno dei soci, e codeste norme sono appunto quelle che disciplinano le società commerciali legalmente costituite.

Se non che date speciali contingenze può ritenersi rispetto ad un terzo creditore di una simile società di mero fatto efficace lo scioglimento o il recesso di alcuno dei soci in altro modo avvenuto, ove il terzo abbia avuto nel momento o prima che contrattasse, comunicazione delle circolari o atti all' uopo praticati.

Il rigore dalla legge sancito per le società regolari deve cessare quando lo scopo è raggiunto. Il che nella specie richiedeva una chiara ed ineluttabile istruzione in quanto si doveva distruggere l' efficacia dei titoli sottoscritti a norma della ditta sociale.

Che il principio inopportunamente richiamato, ha tratto la Corte in fallaci conseguenze poichè lungi di esaminare i fatti cui essa si affida come inducenti o non la dimostrazione di simigliante scienza nella ditta Nicola Virgilio prima o nel momento in che contrattava con Giacchino Cinque, se ne è servita piuttosto per corroborare la prova dell' avvenuto recesso e per indurne un postumo riconoscimento dello stesso da parte della cennata ditta.

Sicchè non ha affatto indagato ai sensi di legge la forza della circolare spedita da Vincenzo Cinque, per rendere di pubblica ragione la sua uscita dalla Ditta Fratelli Cinque, e specialmente se la circolare fosse stata comunicata o meno alla Ditta Virgilio.

Che i fatti della annotazione del solo nome di Gioacchino Cinque nel libro giornale del relativo cambiamento nella mostra del magazzino, delle dichiarazioni da lui fatte nella dimanda di moratoria non sono altrimenti invocati

che come dimostrazione del recesso, mentre la Corte li doveva esaminare invece sotto il rapporto della scienza nella riferita Ditta allorchè contrattava con Gioacchino Cinque. E quanto al concorso in fallimento giova pur notare che il giudizio non fu promosso dalla Ditta Virgilio ma dallo stesso Gioacchino Cinque, e che chi ha più debitori obbligati in solido, escutendo l'uno non perde il dritto contro l'altro, massime nel caso in esame che la Ditta Virgilio in sede di verificazione dei crediti, chiese espressamente al giudice delegato la riunione dei due fallimenti, e quel magistrato comechè avesse respinta la domanda le fece salvo il dritto contro Vincenzo Cinque, onde non occorreva che si fosse opposta alla sentenza dichiarativa del fallimento di Gioacchino Cinque.

Il ragionamento adunque della sentenza non appalesandosi corretto e completo, richiama la violazione dello art. 517 cod. di proc. civ.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

22 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI concl. conf.) — Est. CALABRIA
Calvanese - Ciaburri

Richiesta di esibizione dei libri commerciali senza dichiarazione di accettarne il contenuto — Giuramento suppletorio — Se debba deferirsi al richiedente la esibizione. Art. 51 cod. di comm., 1375 cod. civ.

Non è obbligato il magistrato a deferire il giuramento suppletorio alla parte che richiese la esibizione dei libri commerciali senza dichiarare di accettarne il contenuto, anzichè a quella dei cui libri fu chiesta la esibizione.

Sul 1.° motivo del ricorso.

Atteso che primamente sostengasi dal ricorrente, che il Tribunale abbia violato l'articolo 51 del codice di commercio quando ebbe a deferire il giuramento suppletorio al Ciaburri invece che ad esso Calvanese, perciocchè concorrevano nella fattispecie le condizioni di applicabilità del cennato articolo 51, non potendosi dubitare del rifiuto di Ciaburri ad esibire tutti i suoi libri commerciali, e neppure dall'altro fatto di avere Calvanese insistito per la presentazione dei libri non esibiti.

Evidente è però l'abbaglio in cui cade il ricorrente. Sta scritto nel ripetuto articolo 51 cod. com. che se la parte ai libri della quale, *l'altra offre di prestar fede*, ricusa di presentarsi, il giudice può deferire a questa il giuramento sull'oggetto controverso. Le condizioni pertanto che danno vita e giustificazione alla riferita disposizione sono due: cioè il rifiuto ad esibire i libri (comunque nel fatto di cui trattasi il tribunale dubita che il Ciaburri avesse altri libri oltre il giornale ed il copia lettere esibiti) e la dichiarazione esplicita di prestar fede a quanto dai libri sarà per risultare.

Senza cotesta offerta esplicita di prestar fede, seguìta dal rifiuto, non avrebbe ragion di essere la disposizione dell'art. 51 accanto alla regola generale dello art. 1375 cod. civ. La loro coesistenza si spiega appunto per la specialità delle indicate circostanze, in quanto queste contengono una presunzione sfavorevole a colui che non presenta i libri, non ostante l'altra

parte gli abbia offerto di rimettersi alle risultanze di essi, per guisa che, senz'altro è data facoltà al giudice di riguardare come preponderante la prova a favore di chi prometteva fede ai libri non esibiti, e quindi di compierla mediante il giuramento suppletorio. In altri termini, l' art. 51, nel caso ivi preveduto, autorizza il giudice a ritenere verificate le condizioni alle quali l' art. 1375 cod. civ. subordina l' ammissione del giuramento suppletorio.

Il signor Calvanese, come risulta apertamente dalla sentenza impugnata e dalle sue conclusioni innanzi al pretore, domandò soltanto che questo avesse a disporre la presentazione degli altri libri commerciali non esibiti da Ciaburri; ma non dichiarò mai di volerne accettare il contenuto. E però egli non ha oggi ragione alcuna di dolersi che non sia stato applicato dal tribunale l' articolo 51 da lui invocato.

Per tali motivi. Rigetta ecc.

1 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Est. CIACCIA
De Riso — Comune di Catanzaro

Ordinanza municipale — Distruzione di proprietà per ragioni d'igiene — Indennizzo — Condizioni per reclamarlo. — Art. 29 dello statuto; 438 cod. civ.; 7 legge 20 marzo 1865 sul cont. ammin.

Se in virtù di ordinanza municipale e per ragioni sopravvenute di pubblica igiene viene distrutto un cespite redditizio creato legittimamente in consonanza delle leggi del tempo, il proprietario ha diritto di esserne indennizzato (1).

Osserva che i due mezzi del ricorso, comunque si riferiscano ai due casi della istanza originaria, uno relativo propriamente alla lavanderia e l' altro alla mancata irrigazione delle terre, pure, nella loro sostanza, impegnano questa unica e sola quistione: se e fino a qual punto sia risarcibile il danno

(1) Decisione esatta e rispondente alla giureprudenza costante. Ammesso che l'ordinanza sindacale non limitò ma soppresse il diritto di proprietà, nato sotto l'imperio di leggi, alle quali l'opera non contraddisse, non si comprende il fondamento giuridico della sentenza cassata. Al riguardo la superstizione dottrinale che ancora aduggia le menti dei giudicanti è sempre questa che cioè gli atti d'*imperio* legittimi non producono responsabilità nell' autorità che li emana. Anzitutto non si tratta di responsabilità, che richiama in genere il concetto di *colpa*; ma d'indennità dovuta a chi è costretto a sacrificare qualcosa per la collettività. Poi questa denominazione di *atti d'impero* è stata già abbastanza sfatata dalla critica fine della moderna dottrina e non mancano giudicati di magistrati intelligenti e colti che la repudiano ed un esempio è nella sentenza che annotiamo. E finalmente va osservato che, se è vero che l' atto discrezionale dell' autorità, emesso nei limiti della legge, non genera mai diritto nel privato per la ripercussione pregiudizievole che può avere nella sfera della sua attività giuridica, è vero puranco che v'è un'eccezione ed è quando l'atto autoritario ferisce peculiarmente il diritto di proprietà, sopprimendolo o disintegrandolo. In questo solo caso la norma statutaria e quella del diritto comune garentiscono di fronte a qualsiasi atto dell' autorità la reintegrazione del diritto patrimoniale, mercè la corresponsione della congrua indennità,

che il de Riso assume di avere sofferto dalla esecuzione dell' ordinanza del Sindaco.

Osserva al riguardo che una distinzione si impone dall' indole stessa dei due diritti venuti in collisione, quello pubblico e quello privato: è necessario, cioè, distinguere l'uso e il godimento di una privata proprietà dalla distruzione della stessa.

In quanto all'uso e godimento, non vi può essere dubbio, e finisce col convenirne la stessa difesa del ricorrente, che non vi può essere risarcimento di danno, in presenza dell'art. 436 del codice civile il quale così dispone: « La proprietà è il dritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti. » Se, dunque, non si mette e non potrebbesi mettere in dubbio, da una parte che quella lavanderia era nociva alla pubblica igiene, e che dall' altra il Sindaco agì nei limiti delle leggi e regolamenti sulla sanità pubblica, conseguenza necessarria di queste due premesse era ed è che nessun danno potevasi dal de Riso reclamare per l'ulteriore impedito uso e godimento delle vasche per lavanderia ed irrigazione; uso e godimento ulteriore vietati dalle leggi di pubblica incolumità; d' onde l' applicazione del citato articolo 436 del codice civile. E sotto questo aspetto non si può che far plauso alle considerazioni della sentenza impugnata rigettandosi per conseguenza quella parte del ricorso che a ciò si riferisce.

Ben diversamente però procede il ragionamento in quanto alla distruzione della privata proprietà garentita dagli art. 29 dello statuto, 438 c. c. e 7 legge 20 marzo 1865 alligato E. sul contenzioso amm.

Si può disciplinare o impedire dalla pubblica autorità l' uso d' una privata proprietà contraria alle leggi ed ai regolamenti come già sopra si è detto; ma quando invece viene, per riguardo ad un superiore ordine pubblico, a distruggersi una proprietà privata, sorge nel proprietario il diritto ad una indennità, diritto che trova la sua sanzione non già nell' art. 1150 c. c., ma bensì nelle citate disposizioni della legge e nel principio che la cosa pubblica non può avvantaggiarsi col danno del privato cittadino.

Applicando questi principii alla causa presente, non si poteva negare al de Riso il danno a lui proveniente dalla distruzione delle vasche o dei manufatti in genere salvo ad accertarne la quantità.

Se quelle vasche o quei manufatti fossero stati sin dalla loro origine eseguiti in contravvenzione di qualche legge o regolamento, in tal caso veniva meno la base giuridica del risarcimento del danno, ma se invece quella privata proprietà era da tempo antico surta legittimamente e sotto la protezione della legge, la distruzione di essa per cause sopraggiunte non può non dar luogo ad una giusta indennità. In altri termini, per le stesse deduzioni delle

---

Come precedenti possono utilmente consultarsi Cass. Firenze 13 nov. 1902 comune di Belfiore e Beltrani (Giur. Ital. 1903 I, 1, 194); Cass. Roma 23 febb. e 18 aprile 1899 (id. 1899 I, 1, 545 e 549) e l'altra decisione recente delle sezioni unite del 26 febbraio 1903 nella causa Comune di Salerno c. Zarri (*Cass. unica* 1903, 35) e per la dottrina la nota del RANELLETTI in *Foro Ital.* (1893 - I - 470 e ss.).

v. m.

parti, la quistione a risolvere relativamente alla distruzione dei manufatti per indi dedurre la esistenza o la inesistenza del diritto ad una indennità era ed è se la lavanderia era surta legittimamente o illegittimamente in relazione all'ospedale militare ed al rione nuovo ora ampliato. Cotesta quistione fondamentale da cui dipendeva il diritto o non alla indennità fu obbietto di ragionamento erroneo, difettoso e contradditorio da parte della Corte di merito perchè essa ora afferma in fatto una circostanza ora la nega e pare che ammetta il contrario e finisce poi con considerazioni generali di diritto, le quali, se possono essere plaudite, come sopra si è detto, relativamente allo uso ed al godimento, devono invece essere censurate relativamente alla distruzione delle vasche o manufatti in genere; onde per questa parte solamente la sentenza impugnata va cassata.

4 agosto 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. contr.) — Est. CATURANI
dell' Aquila - Vitagliani

Giudizio d'inabilitazione — Nomina del curatore — Appello — Perenzione — Difetto di motivazione. Art. 328 e 517 cod. di proc. civ.

Difetta di motivazione la sentenza in cui, senza tenersi conto degli effetti della nomina del curatore fatta alla persona dello inabilitando dal Tribunale, si dichiari perento il giudizio di appello promosso dall' interdicendo sul giudizio di interdizione, e per questo venuta meno l' inabilitazione.

Attesochè la seconda censura poi, che si attiene alla sostanza, viene dai ricorrenti prospettata sotto diversi aspetti cioè:

a) L'indole del giudizio d'inabilitazione, dicesi anzitutto, e che si svolge in sede di volontaria giurisdizione, esclude, senz' altro, la possibilità della perenzione.

. . . .

Omissis — Ora la prima tesi è assorbente nella causa, ed il Tribunale avrebbe dovuto esaminarla pria di emettere il giudizio sull' applicabilità della perenzione in tema di giudizio d'inabilitazione.

Non può dubitarsi, in fatti, che il giudizio d'inabilitazione, al pari di quello d'interdizione segue per legge con un procedimento speciale, di cui agli art. 836 e seg. del cod. di proc. civ. Esso va iniziato con ricorso al Tribunale Civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona che si vuole inabilitare od interdire, e vi si provvede dapprima in via di volontaria giurisdizione; cioè in camera di Consiglio, sentito il P. M.. Se la relativa domanda non venga senz' altro, respinta, va disposta la convocazione del Consiglio di famiglia per le sue deliberazioni, e poscia l'interrogatorio della detta persona Se questa persona non comparisca nel giorno all'uopo stabilito, o ricusi di rispondere, il Tribunale impartisce gli opportuni provvedimenti, e può in ogni caso nominare un curatore temporaneo affinchè prenda cura della persona stessa e dei beni che ad essa appartengono.

A seguito di tal procedimento il giudizio assume poi la forma contenziosa e vi si fa luogo in via formale, salvo ragioni di urgenza. Lo art. 844 prescrive infine il modo da tenersi per la pubblicazione e trasmissione per estratto

delle sentenze, già passate in giudicato, e che abbiano pronunziato l'interdizione o l'inabilitazione, o la revoca dell' una o dell'altra, alle Cancellerie di tutti i tribunali civili per essere affisse nella sala pubblica d'aspetto, previa trascrizione a farsene in apposito registro, che può essere esaminato da chiunque lo richieda ; ed il tutto, nei modi prescritti dai regolamenti.

Data adunque l'indole speciale di un procedimento che s'inizia in via d'espediente volontario, e prosegue poi in forma contenziosa e solenne, e data la nomina d'un curatore provvisorio avvenuta nel rincontro durante il periodo di volontaria giurisdizione ; non pare al Collegio Supremo che il Tribunale avesse con la sentenza denunziata, versandosi in tema di capacità giuridica assolto per intero il compito suo, applicando senz' altro, il principio dell' istituto della perenzione nella causa in appello. E poichè fu questa l'unica ragione di decidere per parte dei giudici di merito, sarà opportuno che annullandosi la sentenza stessa, venga la quistione sotto tale aspetto riesaminata con maggiore ponderazione in grado di rinvio, per quelle conseguenze che siano di ragione, e sempre quando, ben vero , la si reputasse influente alla definizione in merito della controversia, nel senso cioè che, perento o meno quel giudizio, tenuto però conto della natura del provvedimento interinale seguitone nel primo stadio con la semplice nomina d'un curatore temporaneo alla persona del ricorrente sig. dell'Aquila, e dei possibili effetti del provvedimento stesso non seguìto poi da sentenza definitiva di inabilitazione e resa questa notoria nei modi stabiliti dal citato art. 844 del Cod. di proc. civ., potesse la causa fra le parti litiganti impegnata venir convenientemente decisa sopra ben altri elementi.

Attesochè, accogliendosi il ricorso quanto alla prima parte del secondo mezzo, non accade discendere all' esame del resto, che potrà, se del caso, formare anche oggetto di novella discussione davanti ai giudici del merito.

P. q. m. La Corte cassa e rinvia.

19 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. CAMMAROTA (concl. conf.) — Est. COSENZA
Del Secolo — Crugnola

Precetto — Mandato presunto nell' usciere ad esigere — Durata — Termine del mandato — Effetti.

Il termine durante il quale il debitore può pagare all' usciere la somma per cui si è fatto precetto è di cinque giorni. Il pagamento fatto dopo non vale a far cadere sul creditore gli effetti della esecuzione fatta tra il decorso dei cinque giorni ed il pagamento medesimo (1).

Osserva in dritto. L' unica quistione che presenta la causa si è quella di indagare se il pagamento fu fatto prima del pignoramento.

Ma il Tribunale ha ritenuto di no, perchè mancava la certezza che la somma fosse pervenuta nelle mani del creditore pria del pignoramento.

---

(1) Non mi pare che la questione sia rettamente posta e ragionata, sebbene alla stessa decisione si arrivi per altra via. Si può sostenere che l' usciere, fuori del

E non giudicò male perchè, sia pure che per quelle parole inserite dall'usciere nel precetto e sia pure che per legge l' usciere addivenisse mandatario del creditore a ricever la somma precettata, egli è certo che questo mandato deve avere un termine, non deve durare fino alla caducità del precetto.

Ora se ciò è indubitato, quell' incarico, come disse espressamente l' usciere nell'atto del precetto durava per cinque giorni sussecutivi al precetto stesso tempo concesso dalla legge al debitore per pagare, evitando la esecuzione. Ma se il pagamento si vuol fare dopo scaduto questo termine esso deve essere fatto al creditore direttamente perchè il mandato all'usciere è esaurito. E nella specie questo avvenne perchè si pagò dodici giorni dopo il precetto.

Il Crugnola avrebbe potuto benissimo negare la ricezione del denaro ma se egli confessò lealmente di averlo ricevuto ora la sua confessione non può scindersi quando disse di averlo ricevuto dopo il pegnoramento.

D'altronde non si sa perchè, esistendo in Melfi il vero mandatario del Crugnola, il Basile, si andò dallo usciere per pagare, ciò che dimostra che il pagamento avvenne dopo il pegnoramento.

---

caso previsto dall'art. 580 e di quello di un *espresso mandato* ricevuto dal creditore, non abbia veste legale ad esigere somme in *pagamento* del credito per cui si procede, e che perciò, ricevendo egli tali somme, agisca come mandatario del debitore anzichè del *creditore* e il pagamento a lui fatto resti a tutto rischio e pericolo del debitore, il quale non si intenderà liberato verso il creditore, fin tanto che le somme pagate non siano state rimesse a costui (MATTIROLO, *Trattato*, V, ediz. 4.ª, n.° 997). Si può sostenere in ogni caso che il mandato tacito (art. 1738 cod. civ.) ad esigere, il quale, secondo alcuni (vedili in MATTIROLO, op. e loc. cit.) è affidato dal creditore all' uffiziale procedente, non possa estendersi al di là del momento in cui il detto uffiziale procede all' atto commessogli (precetto o pignoramento); perchè dopo di questo egli cessa da ogni attribuzione, tanto vero che il creditore potrebbe dare l' incarico di eseguire il pegnoramento a un uffiziale diverso da quello che ha eseguito il precetto. Ma non so sopra quali fondamenti di legge vada altrimenti posta la questione dei limiti del mandato all' usciere, per dire che questo duri *cinque giorni* e non 180, ossia fino a quando l' usciere possa recarsi dal debitore per procedere al pignoramento, ed anche al di là di quest' ultimo termine, dato che la inefficacia del precetto pel decorso dei 180 giorni, non sia rilevabile di ufficio (art. art. 2109 cod. civ.). Aggiungo anzi che tali fondamenti non vi sono. La corte, in buona sostanza, dice soltanto, che *dopo i cinque giorni*, il mandato dell' usciere è esaurito. E ciò non è esatto perchè, come ho detto, il mandato dell' usciere si esaurisce col precetto, ed egli per procedere al pignoramento, deve riceverne un altro, altrimenti commetterebbe un abuso. I cinque giorni sono dati al debitore come ultimo respiro per pagare, e pongono un limite minimo al creditore (e quindi all' usciere, che agisce per esso), per poter procedere al pignoramento; ma non sono un limite alla facoltà dell' usciere di ricevere il pagamento. Questo può riceversi sempre da lui come mandatario del debitore, e solo nella esecuzione dell'incarico avuto, ove si voglia ritenere che possa dirsi pure mandatario del creditore. Oltre, non più. Tutte le altre cose scritte nella sentenza che annotò, o non riguardano la questione posta e decisa, o sono rilievi di fatto di cui non si dovrebbe occupare una suprema corte.

Prof. **V. Galante**

Nè qui si può parlar di ratifica, perchè il creditore non ratificò certo il fatto dell'usciere nel riceversi un pagamento, ma disse solo che l' usciere aveva a lui passato la somma.

Or se il pagamento estintivo può farsi anche da un estraneo, egli è chiaro che in questo caso l' usciere fu più un mandatario del debitore anzichè del creditore. — Per questi motivi. La Corte rigetta ecc.

19 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. contr.) — Est. SORRENTINO
Greco - Marincola

Servitù — Destinazione del padre di famiglia — Esclusione della stessa pel solo stato di fatto al momento del passaggio del fondo presso terzi. Falsa applicazione di legge. Art. 632, 633 cod. civ.; 517 cod. di p. c.

Se al momento del passaggio di un fondo dal padre di famiglia al terzo si rinvengono variazioni nello stato della servitù, occorre vedere se queste rispondono alla volontà ed al fatto del padre di famiglia per escludere la destinazione di questo. La sentenza che si fermi solo alla disamina dello stato di fatto, viola la legge.

Osserva, che il concetto, che informa tutto il ragionamento della denunziata sentenza, è che, in tema di servitù costituita dal padre di famiglia, basti ad escluderla, lo stato di fatto esistente « al momento, in cui avviene il pas- « saggio della proprietà dal padre di famiglia in colui che acquista uno dei « due immobili, o in coloro, che separatamente acquistassero ciascuno la pro- « prietà di ciascuno di essi. » Ma questo concetto non è giuridicamente esatto Nel vero, se la destinazione del padre di famiglia, secondo il disposto degli articoli 632 e 533 del C. C. è fondata sulla volontà presunta del proprietario esplicata nel porre o lasciare le cose nello stato, dal quale risulti la servitù, consegue, che, se al momento del passaggio della proprietà dei fondi dal padre di famiglia ai nuovi proprietarii, rinvenganai variazioni nello stato della servitù, la prima indagine a farsi è di vedere, se siffatte variazioni trovino il loro fondamento nella volontà e nel fatto del padre di famiglia. Imperocchè se le variazioni siano opera del terzo, allo scopo di eliminar la servitù o per altra ragione qualsiasi, fuori la volontà del padre di famiglia, è chiaro che la servitù istessa non possa per ciò ritenersi distrutta od anche solo modificata. E nella specie questo appunto si sostiene dal ricorrente, che la distruzione dei canali conducenti l'acqua pel fondo di Mariconda sia stata opera del Municipio, nel tempo che i beni di casa de' Medici eran sotto espropriazione per costruire la novella strada S. Michele — Ferrovia.

E cerca il ricorrente ciò comprovar sia col verbale di presa possesso di sopra in parte trascritto, sia colle deliberazioni del Municipio testè cennate.

La Corte passa a rassegna codesti documenti e si convince della inesistenza della servitù, ma non si fonda sulla presunta volontà dell'originario proprietario, ma esclusivamente sullo stato di fatto qual rattrovavasi al momento dell'aggiudicazione. E poichè codesto convincimento di fatto è inspirato ad erroneo concetto di dritto, come testè si è detto, vien giustamente censurato da questo Supremo Collegio.

Omissis — Per tali motivi. La Corte cassa ecc.

4 agosto 1903

P. P. Santamaria — P. M. Boscero (concl. diff.) — Est. Abatemarco
Ministero dei LL. PP. — d' Alessandro

Opere di bonifica — Danni arrecati con le medesime — Responsabilità per colpa aquiliana — Inapplicabilità della legge di espropriazione per p. u.

Legge sulle opere bonifica — Applicabilità alla liquidazione dei danni anteriori alla medesima — Se le sue disposizioni possano invocarsi la prima volta in Cassazione — Art. 24 legge 18 giugno 1899 sulle bonifiche.

L'amministrazione che esegue opere di arginamento alla sponda di un torrente e di rettificazione nell'alveo deve rispondere del danno arrecato alla proprietà dell'altra sponda, che è rimasta per ciò indifesa contro l' irruenza delle acque, e il fondamento giuridico non è l'art. 46 della legge di espropriazione per p. u. ma l'art. 1151 del cod. civ.

La determinazione di siffatti danni è pronunciata non già dall'autorità giudiziaria ma dalla giurisdizione arbitrale istituita dall' art. 24 della legge 18 giugno 1899 sulle bonifiche di cui la competenza è proponibile anche in sede di cassazione per la prima volta (1).

Omissis — Codesto ragionamento serve anche a respingere il serotino ausilio che l'Amministrazione vorrebbe chiedere all'art. 46 della legge del 1865 sull' espropriazione per pubblica utilità e ciò nel fine di trarre da esso criterii meno severi di quelli che derivano dall' art. 1151 c. c. così spavente-

---

(1) Non possiamo interamente plaudire a questa decisione che risolve importanti questioni di diritto.

1. La cassazione era chiamata anzitutto a risolvere il quesito se fosse dovuta un'indennità al privato per *non* avere l'amministrazione eseguito alla sponda d'un torrente, contigua alla sua proprietà, quelle stesse opere di difesa ch' eseguì all'altra sponda. La decisione veramente accenna a danni arrecati in *commitendo*, ma aggiunge subito « *e specialmente per avere arginata una sponda rimanendo l'altra indifesa* », il che fa supporre che il danno dovesse rapportarsi non già all'opera costruita alla sponda opposta ma all' *omissione* delle stesse opere alla sponda presso la proprietà danneggiata. Che se questo era il quesito da risolvere, larga era la messe che offriva la dottrina e la giureprudenza per potere adottare con una congrua motivazione, quella delle soluzioni che sarebbe parsa più accettabile all' intelletto del supremo collegio. L'indagine preliminare, cui non può mai sottrarsi il giudice, non ai fini della competenza, ma per affermare la carenza o meno del diritto del privato, è quella di vedere se *l'omissione* abbia rapporto ad una clausola contrattuale ovvero ad una peculiare disposiziene di legge, in quanto l'una o l'altra impongano all'amministrazione di compiere quella determinata opera, in quelle date condizioni di tempo e di luogo, donde il diritto subiettivo del privato, o piuttosto se, mancando il contratto, si versi nell'ipotesi, in cui la legge affida alla *discrezione* dell'autorità il compierla quando e come creda: nel primo caso si ha ciò che la giureprudenza chiama un' *omissione specifica* e che è fonte di diritto nel privato, mentre nella seconda ipotesi, mancando la violazione della clausola contrattuale e della disposizione speciale di legge, manca, come dice il Mortara, l'estremo della *iniuria* perchè l'amministrazione agì nella sfera del suo potere discrezionale

volmente applicati dal perito. Però siffatto sforzo, giustificato dalla enorme cifra dei danni con la perizia liquidati, non può raggiungere lo scopo perchè la legge sopra citata non è addirittura applicabile, e tanto meno l'art. 46.

Ed in vero niuna espropriazione fu compiuta in quelle opere della boni-

---

insindacanile dal potere giudiziario, e vien meno ogni fondamento all' indennità (*Comm.* I vol. § 204). Casi d'indennità per *omissione specifica* si hanno nelle decisioni della Cass. di Roma (s. u.) del 30 novembre 1901 (Bianchi e Min. dei Lav. pubbl. *Giur. ital. 1902* I, 1 18), dell' 11 dic. 1897 (*Legge* 1898 I. 110) e del 5 aprile 1898 nella causa Cipriotti e Lettieri, ch'è veramente magistrale ed è opera del nostro PETRELLA (Giur. Ital. 1898 I. 1, 565).

Ma in quest' ultimo caso la corte di merito aveva fondato l' obbligo della rivalsa sul fondamento della colpa aquiliana dell'art. 1151 c. c., precisamente come ha fatto ora la decisione che annotiamo, e le sezioni unite, rifermando una ormai indiscussa giureprudenza, censurarono l' anormale concezione giuridica pel noto principio che essendo estremo degli art. 1151 e 1152 cod. civ. la colpa, la ricerca di questa nell'atto amministrativo importerebbe un giudizio di merito intorno all' atto stesso, il che sconfina dai limiti che la legge del 20 marzo 1865 traccia alla potestà dell' autorità giudiziaria. E la norma per la determinazione dell' *indennità* (non dei *danni interessi*) dovuta al privato non può essere altra che quella dell'art. 46 della l. di espropriazione, la quale si applica in ogni caso in cui s'incontrano le due condizioni, dell'esistenza cioè d' una opera di pubblico interesse e della disintegrazione dell'altrui proprietà. Questi due estremi ricorrono anche nel caso in cui il danno dipenda da un' *omissione specifica* dell' amministrazione delle bonifiche o da un' opera da essa creata ; imperocchè la stessa *omissione* rientra nell'ipotesi larga dell' *azione* specificamente imposta dalla legge alla pubblica amministrazione ed in quest' ipotesi, come bene osserva il CHIRONI (*Colpa contr.* 2ª ediz. n. 46) versiamo in tema di colpa *contrattuale*, tale essendo il carattere delle violazioni specifiche agli obblighi civili nascenti delle leggi.

2. Un altro quesito si presentava all' esame del supremo collegio : doveva elevarsi d'ufficio la questione dell'incompetenza dell'autorità giudiziaria a mente dello art. 124 della l. sulle opere pubbliche (modificato con l. 30 marzo 1893) trattandosi di contestazione sulle opere di qualunque natura, che possono aver relazione col buon regime delle acque, ripari, argini od altre opere fatte entro gli alvei o contro le sponde? La sentenza parla appunto di « *opere di arginamento e di rettificazione nell' alveo dei torrenti* » e fonda la responsabilità dell' amministrazione sull'art. 1151 del cod. civ., che, come notammo, importa l' indagine della colpa ossia il giudizio di merito dell'atto amministrativo. Ora per l' art. 25 n. 7 della l. sul cons. di stato 6 giugno 1889 « la sezione IV decide pronunziando anche in merito dei ricorsi sopra *contestazione circa i provvedimenti* pel regime delle acque ai termini della prima parte dell'art. 124 l. 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche. » Secondo il MORTARA questa competenza abbraccia tutto il complesso delle dispute anche in ordine al diritto subbiettivo leso, non restando all' autorità giudiziaria che la determinazione dell' indennità (COMM. I, 256 e nota nella *Giur. it.* 1901 I, 1, 1030). E la cassazione di Roma, come tribunale di conflitti, avea ritenuto che la decisione della IV sezione devesi richiedere come preliminare ad ogni disputa innanzi all' autorità giudiziaria (Cass. Roma 29 dic. 1897 *Giur. ital.* 1898 I, 1, 63). Senonchè ultimamente, e con ragione, ha rivendicato intera all'autorità giudiziaria la competenza sul giudizio della reintegrazione del diritto leso, coordinando anche questa materia dei lavori pubblici pel regime delle acque alla dot-

fica, nè qualsiasi occupazione anche temporanea ebbe il d' Alessandro a soffrire per dar luogo ad una conseguente indennità. La questione fu solamente questa, e cioè, se l'Amministrazione avendo eseguito alcune opere d'arginamento, e di rettificazione nell' alveo dei torrenti da essa dipendenti dovesse

---

trina generale della determinazione delle competenze. Con sentenza 20 luglio 1901 delle sezioni unite, in causa Comune di Napoli c. Fiocca, ch' è una vera trattazione della materia, dovuta al nostro CEFALO (*Giur. ital.* 1901 — I, 1, 1030) si disse nettamente « la legge del 20 marzo 1865 sul cont. amm. non è stata affatto limitata o modificata dall'art. 124 della l. sui lavori pubblici, che invece nel penultimo capov. l'ha espressamente confermata ». Disse pure la sentenza : « Non si deve confondere ciò che la stessa disposizione legislativa letteralmente e nettamente distingue, il *danno* cioè al *regime* delle acque ed il *danno* alla *proprietà* privata: del primo deve conoscere l'autorità amministrativa, del secondo la giudiziaria e ciascuna esplicherà nel suo campo indipendentemente dall' altra la propria attribuzione, senza timore di conflitto e di contraddizione perchè diversa la materia o lo scopo di ciascuno dei due giudizi. Più recentemente ancora la cass. di Roma con sentenza 28 febbraio 1903 (*Foro it.* 1903-592) in causa Budini e Gatta i Min. dei LL. PP. ebbe a decidere che « sfugge alla competenza dell' autorità giudiziaria ogni controversia riguardante specialmente la difesa e la conservazione delle sponde dei fiumi e dei torrenti e la solidità e la regolarità dei ripari, il coordinamento insomma di tutto il servizio idraulico e la *necessità o meno dei lavori eventualmente occorrenti a salvaguardare da temibili evenienze la proprietà privata* » proprio il contrario di quello che decise la sentenza che annotiamo. Anche il Consiglio di Stato (IV Sezione) sulla causa Ditta fratelli Marsaglia c. Min.ri delle Finanze e dei LL.PP. si uniformò alla giureprudenza della Cassazione di Roma con decisione dei 27 maggio 1903 che riassume tutta una lunga storia giudiziaria al riguardo (*Cons. dei Comuni* 1903 pag. 206). Secondo adunque il tribunale dei conflitti del nostro paese, quando il danno si vuol far dipendere dalla colpa aquiliana, fondarla cioè sulla cattiva costruzione o su omissioni di opere di difesa che l' elementare prudenza (e non già specifiche disposizioni legali) imponevano all' amministrazione, la competenza è della *IV Sezione*, mentre se (prescindendo affatto dall'indagine della colpa) l' indennità si chiede pel danno alla proprietà privata, la competenza è dell' autorità giudiziaria.

Insomma quando lo scopo dell'azione tende a sindacare l'opera dell'amministrazione ritenuta violatrice della norma *obbiettiva* che disciplina il buon regime delle acque (quale che sia il *motivo* o l' interesse che muove l'attore) la competenza, per *attribuzione speciale* (come direbbero i giuristi tedeschi), è della IV Sezione. Quì la *causa petendi* è bene un *diritto leso*, ma poichè esiste competenza di merito specialmente attribuita, non vige la norma generale della competenza, adottata ormai dalle nostre corti, quando trattasi di competenza di semplice *legittimità* della IV Sezione, o dei tribunali ordinarii. Che se invece lo scopo dell' azione è la reintegrazione d' un *diritto subbiettivo* d' indole domenicale patrimoniale leso dall' opera dell' amministrazione, quale che sia la questione obbiettiva intorno al merito dell' opera (*atto* od *omissione specifica*) la competenza è sempre dell' autorità giudiziaria. Dal che (diciamo di passaggio) si vede come si appalesa sempre più nella pratica fragile e incerta la base della descriminazione delle competenze adottata dalla vigente giureprudenza, che la distingue appunto dalla *causa petendi* e non dal *petitum*.

Che che sia di ciò, una volta che la nostra cassazione reputò che la domanda fosse ben fondata sull'art. 1151 del cod. civ. chiaro appariva che nella specie la

rispondere di danni arrecati *in committendo* con le opere medesime, e specialmente per aver arginata una sponda, rimanendo l'altra indifesa contro la irruenza delle acque torrenziali; e tutto ciò trovava la ordinaria sua applicazione nei principii i quali dettarono l'articolo 1151 Codice Civile.

---

contestazione cadeva appunto sul *danno al regime delle acque,* donde era derivato il danno al privato (perchè questo non si sarebbe verificato *per colpa* senza quello) e che occorreva giudicare appunto se l'opera fosse bene o male ordinata o costruita e se, in dipendenza di quella eseguita, o come complemento necessario della stessa occorresse altra costruzione alla sponda opposta.

Indipendentemente anche da ciò, a risolvere il quesito soccorreva una precisa disposizione di legge, perchè nella prima parte dello stesso art. 24 della l. 18 giugno 1899 è detto espressamente così « Spetta alla sola *autorità amministrativa,* ESCLUSO QUALSIASI INTERVENTO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA, il riconoscere, anche in caso di CONTESTAZIONE, *se i lavori rispondono* allo *scopo,* cui debbono servire, alle *esigenze tecniche* ed alle *buone regole* dell' arte. » E poichè la questione sollevata era appunto quella della *necessità o meno delle opere all' altra sponda, una volta che si erano eseguite quelle di difesa alla sponda opposta* pel disciplinamento *« della irruenza delle acque torrenziali »* evidente appariva il dovere della cassazione di elevare di ufficio la questione di competenza e rinviarne la risoluzione alle sezioni unite di Roma.

3. Ed alla stessa conclusione dovevasi addivenire anche per altro verso e per altro ordine di ragioni, anche più imperiose ed evidenti.

La cassazione ritiene che il giudizio intorno alla qualità ed alla quantità dei danni sia devoluto per norma speciale di legge ad una commissione di arbitri e che pur non essendosi ciò rilevato innanzi le giurisdizioni di merito, è rilevabile in sede di cassazione per la prima volta.

Tutto ciò è esattissimo; ma per una sola ragione, che trattasi cioè di competenza per ragion di materia (art. 187 cod. proc. civ.). Ma è qui che si aggira l' equivoco della sentenza, perchè mentre parla di *« speciale competenza in un collegio arbitrale »* e di *« ricorso che solleva* UNA QUESTIONE DI COMPETENZA » ritiene poi trattarsi di un semplice *« regolamento di competenza »* da potersi risolvere dal giudice ordinario e quindi dalla cassazione territoriale. L' equivoco è evidente, perchè se si fosse trattato davvero di *regolamento di competenza* ai sensi degli art. 108 a 115 del cod. proc. civ. non avrebbe potuto la cassazione provvedere senza l' istanza delle parti e fuori i termini e le forme tracciate nel codice di rito. Evidentemente adunque sotto la frase *« regolamento di competenza »* la sentenza intese *« risoluzione di conflitti di attribuzione »* (attribuendo alla parola il significato che ordinariamente le si dà per distinguerla dai *conflitti di giurisdizione* regolati dal cod. di procedura) perchè altrimenti non s' intenderebbero le altre frasi che precedono e che segnalammo.

Ad ogni modo, quale che sia stato il pensiero della corte, evidentemente la cosa è quella che è, cioè che si era in presenza di un vero *conflitto di poteri o di organi costituzionali,* quello giudiziario cioè e quello contenzioso amministrativo, e giudice destinato a risolverlo sono le sezioni unite della cassazione di Roma.

E che la cosa sia così è dimostrato dall'indole della *commissione arbitrale*, che, essendo investita d'un vero giudizio su d'un complesso di rapporti giuridici, si delinea come una vera giurisdizione speciale della famiglia di quelle rispettate dall'art. 12 della l. 20 marzo 1865. Di giunte e commissione di arbitri, con vere e proprie funzioni giurisdizionali, è ricca la nostra legislazione. Dagli arbitramenti

Che se infondato deve dirsi il secondo mezzo non può negarsi pregio al terzo.

In verità di quanto ora con esso vien rilevato non si fece disputa innanzi ai giudici del merito, nè questi potettero attendervi per tale ragione.

Il rilievo nasce dall'invocata applicazione dell'art. 24 della legge 18 giugno 1899, conforme all'art. 15 del testo unico delle leggi sulle bonifiche del 22 marzo 1900.

E conviene dirlo *rilievo* e non *censura* alla denunziata sentenza per aver quelle leggi non tenuti presenti, perchè codesta censura dovrebbe cader sopratutto sull'amministrazione che non propose una questione nascente da leggi a lei speciali, ed allora da poco pubblicate.

I due cennati articoli adunque, fra loro conformi dicono « che in caso di espropriazione totale o parziale, permanente, o temporanea, di fondi, e *quando vi fosse ragione a risarcimento di danni dipendenti dall' esecuzione, o dall' esercizio* delle opere (di bonifica), qualunque sia la coltura, e la industria che si esercita sul fondo, le indennità ed i danni saranno valutati anche in caso di contestazione giudiziaria, in via arbitramentale, da tre arbitri, nominati uno dal Ministro dei LL. PP., uno dal possessore dei fondi, il terzo dal Presidente della Corte di Appello »,

---

per l' abolizione degli *ademprivi* ordinato con le leggi 23 aprile 1865, 18 agosto 1870, e 2 agosto 1896, alle giunte d'arbitri per l' abolizione delle servitù ed usi civici in varie provincie, alle commissioni di arbitri per la censuazione dei beni ecclesiastici e demaniali in Sicilia (legge 10 agosto 1862 per commutazione delle prestazioni fondiarie nelle provincie meridionali, per la legge di emigrazione, in tema di canoni daziarii, sulle controversie fra ospedali e facoltà medico-chirurgiche ecc. Essi, come dice il MORTARA « sono veri e propri organismi giurisdizionali dello stato, tribunali speciali in tutto il rigore della parola « (COMM. I § 428). Se trattrasi dunque di una speciale giurisdizione diretta all' accertamento e valutazione delle qualità e quantità del danno patrimoniale, quando la competenza ad essa attribuita fu usurpata dai tribunali ordinari siamo senza più nell'ipotesi d' un *conflitto positivo di giurisdizione* tra tribunali ordinarii, e giurisdizioni speciali, la cui risoluzione pel n. 3 dell'art. 3 della l. sui conflitti di attribuzione 31 marzo 1877 appartiene *esclusivamente* (come dice la legge) alle sezioni unite della cassazione istituite in Roma.

È questo un caso all' altro a quello assai noto della sentenza del nostro supremo collegio nella causa *Medici* e *Ventura*, del 21 dic. 1897 che venne cassata dalle sezioni unite della cassazione romana; con sentenza 14 aprile 1899 (*Giur. Ital.* I. 403) appunto perchè anche allora si erano dalla cassazione territoriale usurpate funzioni *esclusive* del tribunale dei conflitti. Alla procedura tenuta allora dalle sezioni unite ed alla competenza attribuitasi di *cassare* una sentenza di *cassazione* territoriale non sapremmo acconciarci per un complesso di ragioni che non è qui il luogo di esporre; ma parimenti non sappiamo acconciarci alla risoluzione adottata dal nostro supremo collegio, che ha compiuta una vera usurpazione di poteri, sia per aver fondata la *ratio debendi* dell' amministrazione sull'art. 1151 c. c. (del che è giudice l'autorità amm.) sia per avere elevato e risoluto un conflitto di giurisdizione di organi costituzionali, quali sono le giurisdizioni speciali delle commissioni arbitrali e quelle dei tribunali ordinarii.

Avv. V. Marone

Però l'omissione di tal rilievo innanzi ai giudici del merito non può condurre alla sua improponibilità innanzi a questo Supremo Collegio come dimanda di annullamento sopra quistione non discussa; imperocchè l'omissione può essere d'ufficio riparata trattandosi di una legge di ordine pubblico, e del relativo procedimento relativamente alla speciale competenza d'un collegio arbitrale stabilita per la valutazione dei danni *anche in caso di contestazione giudiziaria*. Or pòichè tutto ciò che riguarda un regolamento di competenza, e le attinenti forme procedurali colpisce i procedimenti in corso nello stato in cui trovansi, ne consegue che la valutazione dei danni dei quali contendesi resta sottratta alla competenza giudiziaria per investire quella del Collegio arbitrale composto nel modo dalla legge designato.

Da tal punto guardato, il mezzo di ricorso, che solleva una quistione di competenza in cui il Collegio Supremo diventa giudice di merito, dev' essere accolto.

È da notarsi però per l'ordine ulteriore del giudizio, che la contestazione comprende due obbietti, uno cioè che si riferisce all' imputabilità dei danni al fatto dell'Amministrazione, e l'altro, nell'affermativa risoluzione del primo alla qualità e quantità di essi. Or poichè questa seconda parte è attribuita al collegio degli arbitri, della prima, val dire della cagione del risarcimento, la competenza resta all'autorità giudiziaria ed a questa parte deve essere limitata la perizia.

Il ricorso dev'essere quindi respinto pel secondo mezzo, ed accolto pel terzo col rinvio della causa per nuovo esame ad altra sezione della Corte di Napoli che provvederà anche sulle spese.

P. q. m. La Corte cassa e rinvia.

25 aprile 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. ROMANO (concl. conf.) — Est. BURALI d'AREZZO
Vernazza — de Simone

Successione — Comunione tra il " de cuius „ ed il coniuge — Divisione — Ammessibilità.

È ammessibile l'azione che si propone dai coeredi del de cuius *per la divisiene ereditaria quando il defunto aveva comuni alcuni beni col coniuge, senza che occorra procedere prima alla divisione di tali beni.*

Sulla prima osserva che la signora Vernazza col primo motivo del suo ricorso si lamenta per non essersi sospesa ogni pronunzia sulla divisione ereditaria sino a che non sia eseguita quella degli immobili comuni tra essa signora Vernazza e la eredità del marito, trovandosi la maggior parte dei beni intestati ad entrambi i coniugi De Simone e Vernazza.

Invero se non può sconoscersi la distinzione fra *l'actio familiae erciscundae* e l'altra *communi dividundo*, riguardando l' una le cose comuni a titolo ereditario e l'altro quelle comuni a titolo particolare; non è men certo d'altronde come nel tempo stesso ben possa all'una ed all'altra provvedersi sempre che le parti ritengono in comune la cosa stessa a titolo diverso « *inter eos quoque quibus haereditario jure communis res est, posse et communi dividundo agi* » (Leg.

34 Dig. *pro socio*) il che esclude lo assunto di doversi sospendere l' azione della divisione ereditaria sino a che non si esegua quella che alla divisione a titolo particolare si riferisce. Se la divisione ereditaria comprende *l'universum jus* del defunto a differenza della comunione a titolo particolare, non vi ha ragione per ritenere che la comunione delle cose particolari pessa essere di ostacolo a quella dei beni ereditari.

D'altra parte non pure non evvi divieto di riunire le dette due divisioni ma trattandosi di possesso comune, tuttochè per diversi titoli, rendesi opportuno definire nello stesso giudizio le dispute che ad amendue le divisioni si riferiscono, massime quando nell'una e nell' altra divisione cioè *iure ereditario* e *pro comuni* hanno interesse le stesse parti in modo che non mancano i legittimi contradittori e a dippiù nel libello introduttivo della lite e con le vicendevoli deduzioni siasi dell'uno e dell'altro tenuto conto.

Che i giudici di merito fecero esatta applicazione delle cennate disposizioni Invero con la denunziata sentenza, se da un lato si dispone la divisione della eredità intestata del sig. Francesco de Simone nel favore dei coeredi in ragione dei rispettivi diritti, dall'altro ai termini degli articoli 990 cod. civ. e 891 cod. p. c., si rinvia nella sede della composizione della massa la disamina in ordine ai beni di che la eredità si compone: or nella formazione dello stato attivo della eredità dovrà definirsi la disputa relativa così ai beni che per avventura si rappresentano dalla partecipante signora Vernazza, come a quelli comuni tra il defunto e la vedova sig. Vernazza nonchè agli altri che sebbene siano riportati nel catasto in testa del defunto, pur se ne assume proprietaria la Vernazza senza per altro averlo finora giustificato. Il perchè risponde alle cennate disposizioni di legge che nel tempo stesso sian determinati dapprima i vicendevoli diritti delle parti sugl'immobili controvertiti e si provveda di poi alla determinazione delle quote a norma dell'articolo 916 codice civile.

Omissis — Per tali motivi. La Corte rigetta il ricorso.

10 luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. ROMANO (concl. conf.) — Est. PETRUCCELLI
d' Andrea — Cibelli

Interrogatorio — Non comparizione dell' interrogando — Decisione della causa senza analoga citazione — Art. 218 cod. di proc. civ.

È illegale il procedimento con cui, senza l' analoga istanza per i provvedimenti definitivi, si decide una lite nel giorno stesso in cui la parte che avrebbe dovuto essere interrogata non comparisca (1).

(*Omissis*) La Corte di Cassazione osserva in dritto:

Che col primo motivo del ricorso si censura la denunziata sentenza, per aver ritenuto che, constatata la non presentazione di colui che dev' essere interrogato, sorge senz' altro il diritto di ammettere i fatti dedotti nell' inter-

(1) La questione decisa dalla suprema corte napoletana non ha, ch' io sappia, almeno recentemente, diretti precedenti giurisprudenziali o dottrinali. È ad ogni

rogatorio, e di poter far passare in decisione la causa, e quindi ottenere la pronuncia del magistrato, non ostante che la persona non comparsa sia stata citata solo per l'esecuzione del mezzo istruttorio, e senza l' istanza pei provvedimenti definitivi, legalmente notificata.

Or, per l'articolo 218 del codice di procedura civile, l'interrogatorio deve essere personalmente reso dalla parte cui si sia deferito, e quando essa non si presenti, ne sorge da un lato la presunzione che siano veri i fatti dedotti nell'interrogatorio e dall'altro lato il diritto nel non comparso di giustificare un legittimo impedimento.

La cennata presunzione di verità vien meno con la prova contraria del legittimo impedimento, cui non devesi opporre ostacoli, ottemperandosi alle norme di procedura con la redazione del verbale negativo, che constata la non comparizione della persona che deve subire lo interrogatorio deferito, e col riprodurre il giudizio mercè apposito atto intimato al non comparso, il diritto di costui di presentare la prova del legittimo impedimento rimane tutelato, e si evitano le sorprese. Ma tutto ciò non fece il Pretore con la suindicata sentenza, ed il Tribunale non rilevò tali violazioni di legge. Invece la sentenza denunziata, nulla curandosi dei motivi del gravame proposto, ammise una presunzione di verità assoluta ed incrollabile dei fatti dedotti, sol perchè nel giorno fissato per l'interrogatorio non si era presentato il d' Andrea, ed affermò il diritto della parte avversa di far decidere la causa nel giorno stesso, non ostante che mancasse la legale istanza di riproduzione del giudizio per definire il merito del contendere.

Laonde il primo motivo del ricorso risguardante tale doglianza, merita di

---

modo una ulteriore esplicazione della dottrina comune, formatasi sull'art. 218 del codice di procedura, secondo la quale, poichè non è stabilito dalla legge alcun termine entro cui si debba giustificare il legittimo impedimento a comparire o a rispondere, la giustificazione suddetta potrà darsi anche dopo il giorno della non avvenuta comparizione. (MORTARA, *Manuale*, I, ediz. 3ª, n. 339; MATTIROLO, *Trattato*, II, ediz. IV, n. 762). Ma è certamente una esagerazione di tale dottrina, ed è erronea. In sostanza, secondo la suprema corte, alla domanda che ognuno deve proporre per far valere un diritto in giudizio (art. 35 c. p.), se ne deve aggiungere una seconda per poter ottenere l'accoglimento delle proprie pretese dal magistrato, solo perchè la parte contro la quale la domanda è proposta non siasi presentata a rispondere al deferitogli interrogatorio. E ciò è contro la legge. La quale avvisa essa stessa l'interessato della conseguenza della sua non presentazione e gli consente altresì, implicitamente, di accampare il legittimo impedimento anche in appello (MATTIROLO, op. e loc. cit.). In pratica si usa, ed è bene, citare l' interrogando a comparire e dichiarargli contemporaneamente, che non comparendo o ricusando di rispondere, si avranno come ammessi i fatti dedotti e saranno dati i definitivi provvedimenti in merito; ma il pretendere che per questi definitivi provvedimenti debba esservi esplicita istanza, francamente, a me sembra soltanto un sottile ritrovato curialesco di chi vuol tornare dinanzi al giudice di merito per far apprezzare la natura e la gravità dell' impedimento a comparire: cose le quali, perchè costituiscono una *quaestio facti*, non possono di per sè aprire le porte del supremo palazzo di giustizia.

V. Galante

essere accolto, ed è d' uopo annullare la sentenza impugnata, senza discendere al secondo motivo del ricorso, che rimane assorbito, riflettendo la giustificazione del legittimo impedimento.

Che, annullandosi la sentenza, deve la causa essere rinviata per nuovo esame ad altro Tribunale ed anche per provvedere sulle spese , ed il deposito per multa eventuale va restituito (art. 542 e 544 cod. di p. c.).

Per queste considerazioni. La Corte accoglie il ricorso.

22 settembre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Boscero (concl. conf.) — Est. Burali d'Arezzo
Renda — Caligiuri

Conciliatori — Sentenze — Appellabilità. Art. 13 legge sui conciliatori del 16 giugno 1892.

Le sentenze rese dai conciliatori in cause, il cui valore non superi le lire cinquanta, sono sempre inappellabili sia che vengano emesse in giudizi di cognizione, sia che vengano emesse in giudizi di esecuzione (1).

Osserva che dalle combinate disposizioni degli degli art. 13, 16 e 17 della legge sulla competenza dei conciliatori del 16 giugno 1892 emerge evidentemente che la inppellabilità delle sentenze del conciliatore nelle cause rela-

---

(1) Pare che la questione non abbia altri precedenti giurisprudenziali. La stessa corte di cass. di Napoli, il 1 aprile 1898, *Foro napol.* 1898, 300, implicitamente la decise allo stesso modo, stabilendo che « non può dirsi inammessibile l'appello contro una sentenza del conciliatore in un giudizio di esecuzione relativo a somma maggiore di lire 50, sol perchè nel giudizio di cognizione l'ammontare della condanna si riferiva a somma minore di lire 50. » Trovo solo due contrarie sentenze: pret. Napoli, 20 agosto 1899, *Foro ital.* Rep. 1899, v. *app. civ.* n. 28 e pret. Milano, 20 gennaio 1896 , *Foro ital.* Rep. 1896 , v. suddetta , n. 22 e 23. È inutile aggiungere che la cassazione napoletana ha ragione.

È vero che l' art. 16 della legge 16 giugno 1892 parla di sentenze pronunziate sopra *domanda* il cui valore non ecceda le cinquanta lire, mentre l'art. 17 parla in genere di sentenze relative a *controversie* che eccedano le lire cinquanta , e lo art. 13 parla pure di *controversie* sull' esecuzione delle sentenze e dei verbali di conciliazione. Ma la differenza di dizione, evidentemente, non va intesa come limitativa della inappellabilità alle sole sentenze di cognizione, nei casi dell'art. 16; perchè invece è solo determinativa del criterio del valore della causa.

Questo criterio, per una regola generale del codice di procedura (art. 72), sta nella *domanda*, e si ripete perciò la stessa parola anche all'art. 16. Ma poichè avverso la *domanda* si possono opporre delle *eccezioni*, che spostino il valore della causa, è chiaro che per determinare questo, agli effetti dell'appellabilità, si debba, alla stessa guisa che agli effetti della competenza, tener conto non più della sola *domanda* , ma di tutta la *controversia* , che viene ad essere sottoposta al giudizio del conciliatore.

È come se il legislatore avesse voluto spiegare in questa legge, meglio che nell'art. 72 del codice di procedura, che, fermo rimanendo il criterio della *domanda*, per sapere se la causa superi o non il valore di lire cinquanta, bisogna guardare alla *controversia* a cui la domanda dà luogo; perchè anche una domanda di valore

tive ad azioni personali e civili sempre che il valore di esse non ecceda le lire 50 è generale.

Invano con la denunziata sentenza si assunse di essere inappellabili le sentenze stesse nelle cause di valore fino alle lire 50 sol quando siano relative al giudizio di cognizione e che invece quelle riguardanti incidenti di esecuzione son soggette allo appello anche quando la controversia sia inferiore alle lire 50; infatti, codesto assunto si oppone innanzi tutto alla lettera dei ripetuti articoli 13, 16 e 17 detta legge, i quali senza limitazione o distinzione riconoscono appellabili le sentenze dei conciliatori, sempre che la controversia ecceda le lire 50 ed inappellabili ed esecutive tutte quelle emesse in giudizio di cognizione, ovvero di esecuzione, purchè il valore della controversia non superi le lire 50, essendo risaputo il principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

La *mens legis* poi accerta che la legge del 16 giugno 1892 sui conciliatori, se da un lato estese la loro competenza per valore, dall' altro distinse le sentenze pronunziate dai conciliatori in due categorie, mantenne cioè il principio dell' inappellabilità per quelle che riguardavano un valore controverso non eccedente le lire 50, salvo il caso preveduto dall' art. 459 cod. proc. civ. e dichiarò appellabili le altre emesse nelle cause che per loro valore eccedano le lire 50.

Oltrechè, a rimuovere ogni dubbio, basta considerare che mentre l' ultimo alinea dello art. 570 c. p. c. sottraeva allo intutto alla giurisdizione dei conciliatori le decisioni delle controversie sulla esecuzione delle loro sentenze, in quella vece l'art. 13 della suddetta legge del 16 giugno 1892 ampliando la loro giurisdizione dispose che le controversie suddette di valore non superiore alle lire cento van pure decise dal Conciliatore nella cui giurisdizione si fa la esecuzione nei limiti della propria competenza, epperò l'appellabilità delle stesse sentenze è unica e va regolata sempre dai ricordati articoli 16 e

---

inferiore a lire cinquanta, può dar luogo ad una controversia di valore superiore, e quindi appellabile. Il semplice criterio della *domanda* in senso *formale quantum petatur*, sufficiente quasi sempre per determinare la inappellabilità, diventa quasi sempre insufficiente per determinare l' appellabilità: e perciò si è voluto sostituire alla parola *domanda* l'altra di *controversia*, che ne riassume il significato sostanziale *(quantum disputatur)*.

Per sè, malgrado l' art. 16 parli di *domanda*, resta inappellabile una sentenza che pronunzii su *controversia* non eccedente le lire cinquanta; così malgrado la detta parola, non è lecito limitare la inappellabilità alle sole sentenze di cognizione. Non può alla legge darsi per una via un significato ristretto che non ha per l'altra.

Capisco anch' io che essa è difettosa, e prima di me, con autorità ch' io non ho, l' ha notato, tra gli altri, il MORTARA (*Man.* I, ediz. 3ª, n. 518 e 518 bis). Ma se ai difetti che ha, ne aggiungeremo degli altri, interpretandola cavillosamente, non so dove andremo a parare. Funziona già abbastanza male questo benedetto istituto della conciliazione, così come è stato ammodernato e ridotto a vera giurisdizione civile.

Con questi riflessi, aggiunti ai motivi in essa esposti, resta meglio giustificata la sentenza della nostra corte di cassazione.

V. Galante

17, siano esse pronunziate in sede di cognizione o di esecuzione. D'altra parte ripugna ad ogni principio di ermeneutica legale che nei giudizii di cognizione sia vietato il 2° grado contro le sentenze emesse per controversie non eccedenti le lire 50 e sia poi consentita l'appellazione contro le altre pronunziate sugl' incidenti di esecuzione, tuttochè il valore disputato non ecceda le lire 50, mentre che l'indole degl'incidenti di esecuzione è di certo più agevole delle dispute riguardanti i giudizii di cognizione. — Nè vi ha ragione alcuna per rendere più lunga la procedura esecutiva concedendo l'appello contro le relative sentenze e negandolo avverso le altre pronunziate in sede di cognizione.

Per siffatti motivi. La Corte cassa e rinvia ecc.

22 agosto 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. diff.) — Est. SORRENTINO
Banca Popolare Cooperativa di Napoli — Francillo

Cambiale — Azione di regresso tra i giranti — Termine. Art. 320 cod. di comm.

Anche per l' esercizio dell' azione di regresso tra giranti il termine di 15 giorni va aumentato secondo le norme del primo capoverso dell'art. 320, quando vi sia differenza di luogo tra il domicilio del girante che deve pagare la cambiale e quello del giratario che agisce in via di rivalsa (1).

Osserva, che possa il secondo motivo accogliersi. Infatti per l' esercizio dell'azione cambiaria in via di regresso, l' art. 320 del cod. di comm. stabilisce il termine di giorni quindici dalla data del protesto o della dichia-

---

(1) Pur non intendendo esaurire la grave controversia, e deplorando l' oscurità della legge, dove maggior bisogno vi sarebbe di chiarezza, crediamo dover fare delle riserve intorno alla massima adottata dalla Cassazione.

Trattavasi di una cambiale emessa e pagabile a Bari, girata ad un tal Francillo residente pure a Bari, da costui girata alla Banca Cooperativa di Napoli. e da questa alla Banca d' Italia.

Non soddisfatta la cambiale dall'emittente, la Banca Cooperativa avendo dovuto pagare alla Banca d'Italia, agisce pel regresso contro il proprio girante Francillo. Il termine per l'azione di regresso è quello ordinario di quindici giorni, o invece quello di venti? La Cassazione, annullando la sentenza della Corte di Napoli, ritiene che, essendo il domicilio del girante (Francillo) e quello della girataria (Banca cooperativa) in giurisdizioni diverse di Corte d'appello, deve applicarsi il termine più lungo di venti giorni.

Il dubbio sorge pel rinvio che l'art. 322 cod. di comm. fa agli articoli precedenti col dire: « i termini stessi si applicano per l'esercizio dell'azione di regresso che compete ai giranti. » Or l' art. 320 che stabilisce il termine per le cambiali emesse e pagabili nel Regno distingue se il luogo in cui risiede il debitore contro cui si agisce e quello in cui la cambiale era pagabile si trovano nella stessa giurisdizione, o se invece si trovano in giurisdizioni distinte, concedendo nella seconda ipotesi il termine più lungo di venti o venticinque giorni a norma dell' art. 148 Proc. Civ.

razione indicata nell'art 307, e soggiunge che, quando il luogo, in cui risiede il debitore contro il quale si agisce, e quello in cui la cambiale era pagabile, facciano parte di giurisdizioni diverse di corti di appello, il ter-

La Corte, volendo applicare tale distinzione al caso del girante che ha pagato la cambiale ed agisce pel regresso, forza a mio avviso la portata della disposizione, asserendo che nell' art. 320 il luogo *dove la cambiale era pagabile* non sia il luogo certo e fisso del normale pagamento a' sensi dell' art. 253, ma quello variabile, a seconda de' vari giranti che possono esser convenuti in linea di regresso. Inoltre la Corte afferma un principio che ci sembra inesatto, doversi cioè l' obbligazione del girante soddisfare non nel domicilio del debitore, com' è prescritto non solo pel diritto civile ma anche per diritto cambiario nei rapporti del prenditore (art. 253 Cod. Comm.), ma nel domicilio del giratario. Il fatto che per l' art. 312 il ricambio dovuto al girante che ha pagata la cambiale si calcola secondo il corso del cambio del luogo da cui è tratta la rivalsa al luogo della residenza della persona sulla quale è tratta, non può suffragare l' assunto della Corte. È naturale che, avendo dovuto il girante pagare nella propria residenza il possessore, debba essere risarcito della differenza del prezzo di cambio, che rimarrebbe altrimenti a suo carico, se dovesse contentarsi del corso del cambio del luogo dove risiede il trattario.

Ma sarebbe assurdo pensare che, mentre nei rapporti dell'ultimo giratario o possessore il girante non sia tenuto a pagare che nella propria residenza, invece, di fronte a costui, il precedente girante dovesse aver l'obbligo di pagare al domicilio del giratario. L' esempio poi dell' inconveniente che la Corte adduce per giustificare la soluzione preferita non ci sembra affatto calzante.

E di vero, se, secondo la premessa della Corte, l' obbligo del girante è di pagare nel domicilio del giratario, nell' ipotesi immaginata di una cambiale emessa e *pagabile nel regno,* posto che il girante domiciliato in America voglia agire contro il suo girante domiciliato a Napoli, avremo che il girante di America ha dovuto pagare in Italia la cambiale, e quindi farla ritirare quietanzata dal suo corrispondente: e allora che difficoltà vi sarebbe a dare il mandato anche per telegrafo d' intentare l' azione di regresso? Senza poi dire che uno potrebbe trovarsi in regioni anche più lontane e sfornite di mezzi di comunicazione, senza che perciò sia lecito conchiudere che non bastando nè i venti nè i venticinque giorni, il termine per agire rimanga sempre aperto!

Ci pare, adunque, che la questione non sia stata posta nei veri termini. L'articolo 320 dev' essere interpretato secondo il significato proprio e naturale: poichè esso si riferisce all' azione cambiaria promossa dal possessore contro qualsiasi dei coobbligati; evidentemente per luogo *in cui la cambiale era pagabile* s'intende unicamente il luogo, dove era pagabile dall' emittente od accettante. La discussione può farsi solo sulla portata dell'art. 322.

Bisogna cioè vedere se, secondo tale articolo, i termini degli articoli 320 e 321 sieno da osservarsi meccanicamente anche per l' ipotesi del girante che agisce in regresso, ovvero siano da rispettarsi solo *in quanto siano applicabili (congrua congruis).* Il Vivante ha propugnato la necessità di un processo di adattamento (Dir. Comm. vol., IV § 1802). Egli si preoccupa del caso di cambiali pagabili all'estero, ed osserva che se i termini si misurassero anche pel girante dal luogo di pagamento della cambiale invece che dalla sua residenza, si avrebbero conseguenze assurde: l' azione di un girante residente in Italia contro un altro girante che risiede magari nella stessa città per una cambiale pagabile in paese estero sarebbe di 60, di 120, di 140 giorni (art. 321); mentre l'azione di un girante residente

mine per esercitare l'azione cambiaria è uguale a quello stabilito per la comparizione nei n. 4 e 5 dell'art. 148 del cod. di proc. civ.: il termine cioè in questo caso è di giorni venti o venticinque. Ed il primo capov. dell'articolo 322 dispone che « i termini stessi si applicano per l' esercizio dell' azione di regresso, che compete ai giranti ». Se il girante ha pagata la cambiale, si dispone nel secondo capoverso, i termini decorrono dal giorno in cui l' ha pagata.

Dal combinato disposto di questi articoli chiaro si scorge, che se nel rapporto dei giranti vi ha la differenza di luogo, della quale è parola nell' articolo 320, il termine nel quale i giranti possono sperimentare l'azione cambiaria in via di regresso, è di giorni 20 o 25 a norma del primo capov. dell'art. 320.

Se così non fosse, sarebbe stata inutile la disposizione del primo capoverso dell'art. 322.

La legge nel primo capov. dell' art. 320 parla del luogo, ove risiede il debitore in generale, non l' accettante, e, adoperando la locuzione « in cui la cambiale era pagabile », si riporta all'obbligo di pagare non del solo accettante, ma d'un qualsiasi debitore. L'espressione *era pagabile* è in tempo passato, perchè tale è in rapporto al tempo in cui si esercita l'azione di regresso. Siffatta interpretazione riceve conferma, tenendosi presente l'art. 312.

Disponendosi infatti con questo che il ricambio dovuto al girante che ha

---

all' estero, p. es. in America, contro un girante residente a Roma per una cambiale pagabile a Roma sarebbe di 15 giorni (art. 320).

Pertanto egli sostiene che pel girante che ha riscattato la cambiale sia da prendersi qual punto di partenza il luogo ov' era pagabile l'obbligazione del girante, cioè il *luogo della sua residenza*, il che torna lo stesso (art. 310, 322). Ciò in armonia col disposto che fissa il *dies a quo* nel giorno in cui il girante ha pagato, dovendo la decorrenza del termine mettersi d' accordo col luogo da cui si può iniziare l'azione.

Non ci permettiamo discutere del fondamento di questa interpretazione, ma rileviamo ch' essa ha una base assai ben diversa da quella della Cassazione di Napoli, movendo questa dal supposto che il girante debba pagare nel domicilio del giratario, mentre il VIVANTE per contro ritiene che sia la residenza del girante il luogo in cui egli debba soddisfare la sua obbligazione.

Pongasi invero che il domicilio del giratario, presso del quale la cambiale venne riscattata, coincida col luogo dove risiede il convenuto, la Cassazione dovrebbe a rigor di logica ammettere il termine più lungo sol perchè il girante, che ha riscattato e che ora agisce in regresso, risiede in altra giurisdizione di Corte d'appello, mentre è assurdo pensare che, se egli per effettuare il pagamento si è recato o ha mandato nel luogo di comune residenza del giratario e del convenuto, non abbia immediatamente pensato ad avvalersi del regresso, spingendo gli atti o traendo la rivalsa da quel luogo stesso.

Si comprende invece la necessità di un termine più lungo solo se si ammette che il girante abbia pagato e ritirato l' effetto nel proprio domicilio, qualora questo disti maggiormente dal luogo del convenuto. Ma ha il legislatore tenuto conto di tale esigenza? Può in ogni caso supplirvi l' interprete, trattandosi di termini preclusivi? Ci sia lecito avere qualche dubbio.

L. Coviello

pagata la cambiale, si regola secondo il corso del cambio del luogo, da cui è tratta la rivalsa, al luogo di residenza della persona, sulla quale è tratta, è chiaro che il pagamento debba eseguirsi dal girante nel domicilio del giratario, diversamente il ricambio non si regolerebbe secondo il corso del cambio della residenza di quest' ultimo. Di conseguenza se vi ha differenza di luogo tra il domicilio del girante, che deve pagare la cambiale, e quello del giratario, che agisce in via di rivalsa, i termini pel regresso devono esser quelli del primo capoverso dell' art. 320, cioè di giorni 20 o 25; altrimenti in taluni casi sarebbe impossibile l' esercizio dell' azione cambiaria in via di rivalsa tra giranti, come quando in una cambiale emessa e pagabile nel regno un girante domiciliato in America voglia agire contro l' altro girante domiciliato in Napoli, tenuto conto, che dall' America a Napoli s' impiegano pel viaggio venti giorni.

Nè si dica, che in questo caso è applicabile l'art. 321 del cod. di comm. perocchè questo articolo riguarda il caso che la cambiale sia tratta ed emessa nel regno e pagabile in paese estero, mentre il cennato caso è per cambiale emessa e pagabile dal girante nel regno.

Applicando questi principii alla specie si ha, che volendo la Banca Popolare Cooperativa, la quale tiene il suo domicilio in Napoli, dopo di aver soddisfatto il conto di ritorno alla sua girataria, Banca d' Italia, rivolgersi al proprio girante Francillo, e per esso agli eredi, domiciliati, agli effetti delle cambiali, in Bari, si ha la ipotesi non del principio, ma del primo capoverso dell'art. 320 del cod. di comm. e quindi il termine per l' esercizio dell'azione cambiaria è di giorni venti e non di quindici, a partire dall' 8 gennaio 1894 data del conto di ritorno, giusta il secondo capov. dell'art. 322.

Avendo la Corte di merito ritenuto che sia applicabile alla specie la prima parte dell' art. 320 e non il primo capov. dell' articolo medesimo, e quindi che il termine per l' azione di regresso sia di 15 e non di 20 giorni non può il suo pronunziato venir plaudito dal Supremo Collegio.

Visto l'art. 542 cod. proc. civ. Per tali motivi, ecc.

5 settembre 1903

Pres. ff. Salvati — P. M. Mancini (concl. conf.) — Est. Lomonaco
Greco — Zupi ed altri

Dote costituita sotto l' impero delle Leggi Civili — Alienazione di un cespite per collocare un figlio col solo consenso del marito — Ammissibilità — Art. 1369 Leggi civili napoletane.

È tuttora in vigore la disposizione delle abolite leggi civili per cui la donna maritata può col solo consenso del marito alienare un cespite dotale per il collocamento di un figlio.

Attesochè la questione sostanziale della causa, che forma il tema del 1° motivo del gravame, è, se costituita la dote mentre vigevano le leggi civili del 1819, può la moglie, sotto l' impero del codice civile italiano, soltanto con l' autorità del marito, dare un fondo dotale per collocare un figlio comune, a norma dell' art. 1369 delle leggi medesime.

Attesochè la tesi è stata discussa dalla dottrina ed altre volte esaminata da questo collegio. La donna maritata ha una capacità generica di assumere o meno alcune obbligazioni: vi sono quelli che diconsi « iura status, potestatis et familiae » e per questi la legge posteriore prevale su l'anteriore, poichè si svolgono con i principii che il pensiero legislativo ritiene più perfetti in conformità de' tempi. Ma v' ha per la moglie una capacità specifica di disporre della dote nel modo come fu costituita nel contratto nuziale; e questa categoria di dritti è lasciata alla discrezione delle parti, ed è notevole che l'inalienabilità della dote non è tra i requisiti essenziali di questa, ma si può anche per patto alienarla senza forma giudiziaria, giusta l'art. 1370 delle leggi civili e 1404 del cod. civile.

Attesochè, essendosi il Tribunale inspirato ad un concetto diverso, dev'essere accolto il primo motivo; e non è il caso, perciò, d'esaminare il secondo col quale si dice che l'eccezione di nullità della donazione non potea in ogni caso essere elevata dal donatario che l'ebbe accettata e lungamente conservata, nè di discutere sul terzo mezzo con cui si muove appunto di mancanza di motivazione.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

5 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CALABRIA
Astuto — Libertini

Prova testimoniale — Testimoni rinunziati da una parte — Se possano prodursi dall' altra. Art. 234 e 243 cod. di proc. civ.

Rinunziato un testimone dalla parte che ne aveva incluso il nome nella lista, può l'altra parte farlo sentire ad onta che non lo avesse incluso nella propria lista, purchè però il testimone sia stato citato e sia comparso dinanzi al giudice (1).

Atteso che la proposta questione, dibattuta nella dottrina e nel foro, si presenti oggi per la prima volta allo esame di questo collegio supremo. La Corte di appello delle Puglie, come è stato innanzi accennato, ebbe a risol-

(1) I. La questione non è nuova, ma solo non molte volte si è presentata alla decisione delle nostre corti di cassazione, ed è certamente, come osserva pure la sentenza sopra riportata, la prima volta che viene decisa dalla suprema corte napoletana. Prevale ora nella dottrina e nella giurisprudenza, la opinione seguita nella sentenza cassata, e cioè che la reciproca notificazione delle liste rende acquisiti reciprocamente i testimoni; onde si ritiene che la rinunzia fatta da una parte ai testimoni dati in nota, non impedisce all'avversario di farli sentire come proprii in prova contraria diretta (LESSONA *Manuale di proc. civ.*, n. 153, pag. 177, e *Teoria delle prove*, IV, n. 305; PETRONE, *Della prova testimoniale contraria*, n. 12, pag. 169 e segg.; FRANCESCHINI *I fatti nuovi della prova testimoniale contraria*, n. 7 pag. 72 e 73; cass. Firenze, 16 novembre 1885, *La legge*, 1886, I, 6 e 13 maggio 1901, *Foro ital.* 1901, 1191; cass. Roma, 23 luglio 1896, *Foro ital.* 1896, I, 891 e 6 giugno 1899, *Foro ital.* Rep. 1899, voce *Prova testim.* n. 158; app. Milano, 27 dicembre 1889, *Foro ital.* XV, 558; app. Torino, 6 dicembre 1890,

solverla affermativamente per la ragione che « quando in un giudizio civile una parte notifica alla contraria la lista o nota dei testimoni che intende far udire ed esaminare in proprio vantaggio, la detta controparte acquista

---

Giur. Ital. 1891, I, 2, 75; app. Venezia, 15 febbraio 1895, *La legge* 1895, I, 779; app. Casale, 25 gennaio 1899, *Mon. dei pret.* 1899, 252). Ma parecchi reputati scrittori hanno invece sostenuto che la semplice indicazione di un testimone nella lista di una delle parti, non rende, nei giudizii civili, a differenza che nei penali, il testimone acquisito alla causa, e perciò non ha l' altra parte il diritto di pretendere che si proceda al suo esame, non ostante la rinunzia del producente (Cuzzeri *Comm.* dell' art. 234; Gargiulo *Analisi*, I, n. 343; Ricci, in *Giur. ital.*, XXXIX, II, 372; Scialoja *Comm.* III, n. 263; De Palo, in *Giurisprud. ital.* 1899, II, 348; app. Venezia, 9 maggio 1882, *Foro ital.* VIII, 125 e 12 agosto 1884, *Giur. ital.* XXXVI, II, 571; app. Roma, 28 dicembre 1895, *La legge,* 1896, I, 339; app. Palermo, 14 agosto 1897, *Foro ital.* Rep. 1897, v. *Prova testimon.* n. 220; app. Catanzaro, 28 maggio 1896, ivi, n. 221). Secondo questa opinione il testimone di una delle parti diviene comune, solo quando abbia prestato il giuramento e incominciato la sua deposizione.

Ma secondo la cassazione napoletana non occorre che l' esame del testimone, perchè questo divenga comune, sia incominciato e che perciò abbia prestato il giuramento, bastando invece che sia stato citato e sia comparso.

La questione è risoluta espressamente dal codice di procedura civile germanico (§ 399, testo del 20 maggio 1898), secondo il quale « la parte può rinunziare a un testimonio da lui dedotto, ma la parte contraria può pretendere che il testimonio comparso sia esaminato, e, se l' esame ha già avuto principio, che venga proseguito. »

Il Mattirolo (*Trattato*, II, ediz. 4ª n. 603) che aveva acceduto già alla seconda opinione, ora sostiene che i testimoni sono comuni alle due parti fin dal momento in cui le loro generalità vennero regolarmente notificate a tenore dell'art. 234. Egli osserva che se la controprova diretta può essere fornita sia con testimoni diversi da quelli dell'avversario, sia con gli stessi testimoni da questo presentati, ne consegue che, quando un testimone sia stato dato in nota da uno dei litiganti, la parte contraria ha senz' altro acquisito il diritto di farlo esaminare per proprio conto senza d' uopo di annoverarlo nella nota dei suoi testimoni. Ma evidentemente la deduzione non è logica, perchè va al di là della premessa, nè ha in ogni caso, tale entità da giustificare un mutamento di opinione. Con lo stesso modo di ragionare si potrebbe pur dire che, se è lecito al producente di rinunziare ad un testimone, non può esser *mai* lecito all'altra parte di farlo sentire malgrado la rinunzia.

II. A mio modo di vedere, la opinione più conforme alla legge (arg. art. 234 e 243 cod. proc, civ.) è quella che il testimone diventi comune ad entrambe le parti, solo quando, non solo sia stato incluso nella lista di una di esse e citato, ma sia addirittura comparso dinanzi al giudice, che deve raccoglierne la deposizione, abbia o non abbia prestato ancora il giuramento. Solo allora è dato all'altra parte, come al giudice stesso, il diritto di fargli « le *interrogazioni opportune* per meglio chiarire *la verità* (art. 234 capov. 1º cod. proc. civ.). » E per quanto il testimone si possa dire, secondo la frase comunemente usata, un *documento parlante,* occorre, perchè sia tale, che si trovi veramente dinanzi al giudice, e non si dica solo di volervelo far comparire (come occorre che i documenti siano stati presentati: vedi § 436 del cod. germanico), e che, se non abbia ancora cominciato

pure il diritto di farla udire ed esaminare nel proprio interesse. » Ma è vera in diritto l' affermazione della Corte di Trani, e cioè « che la notificazione della lista renda i testimoni del producente comuni al suo avversario? » È questa la indagine decisiva della causa, e vuolsi farla così per la ragione addotta nell' impugnata sentenza, come per le altre che dal resistente si sono prospettate a sostegno della stessa.

Trattandosi di una controversia procedurale, bisogna por mente innanzi tutto a questi due rilievi: che la procedura nel senso stretto di tal parola ha per iscopo di regolare la forma esterna dell' esercizio dei diritti, e non di allargare questi, o diminuirli, o modificarli nella loro originaria essenza, e che la interpetrazione letterale della legge, in simigliante materia, debba ad ogni altra considerazione prevalere — Le quali cose premesse il primo corollario che ne deriva, è, che in tema di diritto privato, « regula iuris antiqui est omnis licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiae.

Chi poteva per tanto domandare la prova, o non domandarla ben ha il diritto di eseguirla o non eseguirla, sia in tutto sia in parte; poscia che *res incidit in eum casum a quo incipere poterat.* L' obbligo imposto ai procuratori delle parti, di notificarsi reciprocamente le liste 5 giorni prima di quello dell'esame dei testimoni per la finalità che qui appresso sarà indicata, non ha, nè potrebbe aver influenza alcuna sul diritto delle parti a far valere o a lasciare inerti i mezzi di prova nel proprio interesse reclamati ed ottenuti. Laonde, se nel testo della legge nulla leggesi che possa limitare il diritto di rinunziare ai testimoni dati in lista, invano si ricercano argomenti a base di una interpetrazione, che avrebbe dovuto essere testuale. Nè cosiffatta ragione potrebbe ritorcersi con efficacia in contrario, quando si rifletta che il principio della libertà dello esercizio dei proprii diritti non doveva essere ri-

---

a parlare, stia ivi per questo. Prima, resta a facoltà della parte che lo ha indicato il farlo presentare o non, appunto perchè è facoltà a lei non contestata quella di rinunziare alla sua deposizione, e l'applicazione delle pene di cui all' art. 239 cod. proc. civ. presuppone la istanza almeno implicita della parte interessata. Non si spiegherebbe altrimenti una condanna contro un testimone non comparso, ma alla cui deposizione il producente facesse rinunzia, nè la facoltà concessa al giudice dall'art. 283 del regol. gener. giudiz. di « sospendere la pronunziazione della condanna, finchè sia compiuto l' esame degli altri testimoni presenti ».

Pretendere di dettare limiti alla condotta altrui, quando tali limiti non si trovino nella legge e questa non dichiari irrevocabile il fatto altrui, sarebbe un non senso.

L' altra parte, per suo conto, può provvedere a far pure citare il testimone come può, secondo me, provvedervi anche dopo, poichè ritengo che il termine di cinque giorni, richiesto per la notifica della lista dei testimoni (art. 234 cod. proc. civ.), deve precedere il loro *esame,* come dice la legge, e non il cominciamento della prova. MORTARA, *Manuale,* I, ediz. 3ª, n. 358. Conformi le cassazioni di Torino e di Palermo: contraria quella di Roma di Firenze e di Napoli.

Merita quindi approvazione la sentenza della suprema corte napoletana, che è anche bene e largamente motivata, e non ha bisogno che io mi indugi oltre a difenderla.

V. Galante

petuto, massime in un codice di procedura, come sarebbe stato di mestieri trovarvisi la disposizione che a tal principio avesse fatto eccezione.

Atteso che volendosi esaminare più addentro i ragionamenti che dai sostenitori del diritto quesito affermansi fondati principalmente sulle disposizioni degli articoli 234 e 243 p. c., è forza incominciare dallo stabilire con precisione il loro contenuto in rapporto ai principii ed alle altre disposizioni del sistema probatorio codificato per vederne poi la efficacia nella ipotesi che la fattispecie .presenta.

Or leggendo attentamente il paragrafo 3° della sezione 4 c. p. c. « dell'esame dei testimoni », spontanea e chiara sorge la distinzione fra i due periodi o momenti giuridici, nei quali gli esami testimoniali si compiono, il periodo preliminare o di preparazione e quello di esecuzione. Il primo ha termine nel punto in cui il testimone si trova in presenza del giudice col contraddittorio delle parti; nell' altro si raccolgono le dichiarazioni testimoniali. In questo secondo stadio degli esami è impossibile non vedere che il producente, per l' esercizio del suo diritto, ha messo i testimoni a contatto della controparte innanzi la giustizia, e sarebbe perciò assurdo il supporre limitata l' azione della giustizia, o la difesa della parte avversaria, nel momento in cui altro non devesi ricercare che la verità, quali che possano essere le conseguenze per l' una o per l' altra parte.

L' indole stessa della cosa ed il contratto giudiziale che evidentemente si forma tra le parti nelle dinotate circostanze, convergono a fare riconoscere nella parte, contro la quale i testimoni furono prodotti, il diritto di fare suoi i rinunziati testimoni dal producente, tanto più che nella massima parte dei casi a ciò non si addiverrebbe se non si temesse della verità dei testimoni prodotti.

In tal caso contro la libertà della rinunzia si pone il diritto già dall' avversario quesito per la comparizione del teste *coram judicem* e pel quasi contratto giudiziale, condizioni queste che non si avverano punto nella prima fare preparatoria degli esami.

I testimoni non comparsi (nella presente causa neppure citati) non possono equivalere ai testimoni presenti, e meno ancora a quelli il cui esame sia già incominciato. Tanto vale il non averli fatto citare a presentarsi per deporre, quanto il non averli compresi in lista, o il non aver chiesto la prova testimoniale: *res incidit in eum casum a quo incipere poterat.*

Nè l'analisi degli art. 229 a 251 e segnatamente degli art. 229, 230, 234 243, 248, 249 c. p. c. porge gli elementi decisivi della controversia, che i fautori della opposta risoluzione vi scorgono; anzi l'analisi conferma l'interpetrazione, che si preferisce da questa Corte Suprema a base della fatta distinzione dei due periodi, nei quali l'esame testimoniale è cronologicamente e sostanzialmente distinta.

Il nostro codice di procedura ha riconosciuto le deposizioni orali dei testimoni come sorgente legale di prova, ma non cessa di premunirsi in tutti i modi contro le non difficili insidie alla verità ed alla eguaglianza di coloro che giudiziariamente lottano.

Ed è per siffatto fine che mentre da un lato il codice civile limita l' ammissione di questo genere di prova, si prescrive, per quanto concerne la di-

sputa che ne occupa, nel cod. p. c. che unico sia il termine per fare gli esami; che i fatti a provarsi, anche nella ripruova, se nuovi, debbono essere dedotti specificamente per articoli separati; che i procuratori nelle liste a notificarsi, come innanzi è stato detto, indichino, nel termine unico ivi stabilito, il nome, il cognome, la condizione e residenza dei testimoni; in guisa che l'altra parte possa fare il suo controllo ed impedire che si presentino a deporre testimoni diversi, giusta il capoverso del medesimo articolo; che non possono essere sentiti come testimoni le categorie di persone che sono indicate, e che si adducano specificamente i motivi che possono rendere sospetta la deposizione dei testimoni non capaci; e che venuto il testimone alla presenza del giudice e delle parti contendenti, nello interesse della verità e della giustizia, si possono a lui richiedere tutti i necessarii chiarimenti e spiegazioni, così dal giudice delegato, come dal presidente e giudici, ove l'esame segua in udienza, e sempre dalle parti stesse serbate le forme rituali. Le parole ed i fini del legislatore nelle riferite disposizioni del codice non si prestano in guisa alcuna direttamente, nè indirettamente a porgere addentellato per riconoscere che le liste debbono essere notificate eziandio nell'interesse dello avversario, e che perciò i testimoni divengono comuni pel solo fatto della loro inclusione nella lista, che ha per contrario ben altro scopo, giusta i precedenti rilievi.

La interpetrazione, per tanto, che degli art. 234 e 243 ha fatto la Corte di appello di Trani non solo risulta affatto ingiustificata di fronte alle parole di coteste disposizioni, ma riesce inoltre ad uno scopo assolutamente contrario a quell'equilibrio, che deve esservi fra i litiganti, e che la legge ha tanto giusta causa di mantenere. Tra l'altro, nelle finali conseguenze, l'interpetrazione che si esclude, darebbe alla controparte del producente il diritto di allargare la sua lista, ciò che è testualmente vietato dall'articolo 234 p. c., pel quale non si possono far sentire che i testimoni indicati nelle rispettive liste. Sia per tanto liberissima ciascuna delle parti di addurre fra i testimoni suoi anche quelli dell'avversario, ma li includa nella lista propria, perchè in tal modo soltanto egli combatte con le proprie armi e non le toglie di mano all'avversario, fino a quando con la presentazione dei testimoni in giudizio non viene il periodo dell'azione diretta della giustizia nel quale tutto diventa comune fra i contendenti, per l'alto scopo di scovrire la verità.

Come, si obbietta, potrebbero i testimoni di una lista includersi nell'altra, se unico è il termine per notificarlo?

Agevole è però rimuovere cotale ebbiezione, riflettendo in prima che lo scambio delle liste, non avviene di necessità contemporaneamente, ed oltre a ciò, che ripugna o desta gravi sospetti, lo ammettere che una parte per conoscere i testimoni, i quali possono sostenere le sue affermazioni o negazioni in fatto, debba attendere che glieli indichi con la sua lista l'avversario. Gli altri argomenti di minore importanza, che si mettono innanzi per sostenere che la notificazione delle liste renda i testimoni comuni alle parti contendenti, non richiedono particolare esame; perciocchè trovano la loro confutazione nei concetti legali innanzi espressi, ovvero riescono destituiti di ogni importanza, siccome avviene tra gli altri, dei casi di analogia, che si vorrebbe

trovare fra i giudizii penali ed i giudizii civili e fra la produzione di un documento e la notificazione di una lista testimoniale.

Come è facile ripetere che i giudizii penali per il loro scopo e per le loro forme nulla hanno di comune con i giudizii privati, e che la prova precostituita dei documenti non può assimilarsi in guisa alcuna a quella costituenda per testimoni, così pure ogni altro contrario rilievo s' infrange contro la distinzione testè fatta dei due successivi periodi dell' esame testimoniale.

Del rimanente non potendosi una decisione giudiziaria trasformare in un esame critico e compiuto dalle diverse opinioni che si sono manifestate nel punto di diritto in controversia, innanzi vi è stato accennato per far note le ragioni per le quali questo Supremo Collegio non ha potuto rimanersi dall'annullare la denunziata sentenza.

Per questi motivi — La Corte cassa ecc.

5 settembre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Masucci (concl. conf.) — Est. Abatemarco
Esposito — Consorzio di M. S. delle Ferrovie Mediterranee

Società ferroviarie — Infortunio toccato ad un agente sul lavoro — Se sia indennizzabile in tutti i casi. Art. 9, 23 della legge 17 marzo 1898 sugl' infortunii.

Parere dei sanitarii sociali — Se, in quanto stabilisce l'entità dell'infortunio, possa impugnarsi davanti al magistrato.

Agli agenti delle società ferroviarie colpiti da infortunio nel lavoro spetta l'indennità di cui nella legge 17 marzo 1898, senza che si possa distinguere se l'infortunio lasci o no tracce, sia casuale o colposo (1).

Il parere dei sanitarii sociali circa l' attitudine al servizio degli operai, mentre per tal riguardo è insindacabile da parte del magistrato, non lo è del pari quando si invochi dai Consorzii di M. S. (o casse pensioni sociali) per stabilire l' entità dell' infortunio (2).

Sui proposti mezzi il Collegio Supremo osserva in diritto:

Che fondate sono le censure rilevate col ricorso.

Ed in vero non può dirsi esatto il concetto della Corte *che non ogni in-*

(1-2) Non si capisce con quanto fondamento la sentenza cassata con la su riferita decisione abbia potuto giustificare la tesi adottata della indennizzabilità dell'infortunio nel solo caso che sia dovuto a colpa e lasci tracce appariscenti, creando distinzioni che non sono nella legge 17 marzo 1898.

La seconda delle massime fermate dal Supremo Collegio è conforme a legge; però risiede, più che nelle circostanze di fatto cui si accenna nella sentenza, nel dettato della legge sugl'infortunii, la quale all'art. 11, non abrogato nei riguardi dei ferrovieri, stabilisce che l'operaio ha diritto di reclamare e dolersi della liquidazione quando la base di fatto della stessa non risponda alle condizioni create allo stesso operaio dall' infortunio. Ecco il testo del detto articolo:

« Nel termine di due anni dal giorno dell'infortunio l'operaio e gli istituti assi-
« curatori avranno facoltà di chiedere la revisione del giudizio sulla natura della
« inabilità, *qualora lo stato di fatto manifesti erroneo il primo giudizio,* o nelle con-

fortunio, ed in ispecie se non lascia traccia alcuna, fornisca diritto all'operaio di chiedere l'indennizzo.

È mestieri che costui giustifichi di non esser la patita lesione fortuita. ma prodotta dalla colpa di qualcuno.

« dizioni fisiche dell'operaio siano intervenute modificazioni derivanti dallo infor-
« tunio ».

Del tutto fuori di luogo ci pare poi la frase della decisione, che riportiamo. « E « questo (cioè il controllo del parere dei sanitarii della società) nel caso in esame « doveva esser ben consigliato dalla discorde e contraddittoria condotta tenuta dalla « società, dal consorzio e dai loro medici » quasi come se, ove quella condotta non fosse stata contraddittoria, avrebbesi pur potuto discutere qualche poco della sindacabilità del parere dei detti sanitarii.

Già questo è un apprezzamento di fatto cui il Supremo Collegio avrebbe dovuto esser estraneo, ma come avrebbe esso deciso, se diverso fosse stato l'apprezzamento, perdendo di vista il principio che la sindacabilità, agli effetti della determinazione dello indennizzo, sta da sè, sia o no conforme il parere dei sanitarii?

Nè più conforme a legge sembraci l' altra affermazione contenuta nella sentenza che agli effetti del collocamento a riposo il parere dei sanitarii sociali sia insindacabile.

Ci è noto che essa è il portato della giureprudenza prevalente delle Corti di appello del mezzogiorno e di buona parte del settentrione; presso le quali hanno avuto fortuna i piati delle società che esse son responsabili delle conseguenze della inidoneità al servizio dei loro agenti; onde debbono esser libere di mandar via quelli fra essi che reputino a ciò inadatti, ed a costoro deve essere interdetto di sindacare il parere dei sanitarii. — Il numero dei pronunziati non fa fede però della bontà di essi, e l' analisi delle decisioni ci mostra senza dubbio meno ingiusta la giureprudenza della Corte di Appello di Milano, la quale ha quasi sempre ritenuto che in tema di perizie contrattuali (tali sono i pareri dei sanitarii sociali) sia lecito alla parte che si creda lesa dalle conclusioni delle stesse impugnarle nel caso di *manifesta Iniqnitas*—Dicemmo *meno ingiusta,* perchè, manifesta o latente la *iniquitas,* è dovere del magistrato di rilevarla e correggerla sempre, e perchè è sempre difficile stabilire dove essa finisca di essere manifesta.

Valga di esempio il seguente periodo di una decisione della corte milanese « Il Perego appunto si lagna della decisione resa dai sanitarii della Mediterranea, comechè contraria a verità, chiaro essendo che non può rispondere all' equità un giudizio che a verità non sia conforme » (23 agosto 1899, *Mon. Trib.* 1900 p. 109). Qui si vede chiaro che la Corte, volendo limitare la facoltà di impugnativa al caso di *manifesta iniquitas,* finì con lo scivolare nella tesi della generale impugnabilità, che è quella sostenuta con argomenti solidissimi dall'egregio avv. Pipia nel *Monitore dei Tribunali* (1900 - 921 e ss.), già accolti dal Tribunale di Milano in una decisione inserita pure nel *Monitore* (1899 - 773), ed in cui si osservava: « a prescindere che il funzionario potrebbe esser facile vittima di arbitrii e di soprusi, verrebbe turbata quella legge di eguaglianza, che deve costantemente presiedere ai rapporti contrattuali, rimettendosi alla balìa di una sola delle parti contraenti l'apprezzamento dei motivi per cui l'abilità del funzionario a continuare il servizio viene dichiarata: trattasi di un contratto di locazione di opera, e se è giusto che le norme regolamentari siano applicate, non lo possono però essere in quella parte che tenderebbe a disapplicare il diritto comune, ed a sopprimere quelle guarentigie che sono essenziali alla costituzione ed interpetrazione di un contratto. Male si vorrebbe che una numerosa classe di impiegati incondizionatamente accet-

Questa distinzione non si trova scritta nella legge, la quale volle assicurato l'operaio contro gli infortunii sul lavoro, qualunque ne fosse la causa. Guardò genericamente i pericoli e provvide alla riparazione del danno.

L'infortunio nascente dalla colpa altrui, e costituente responsabilità civile o penale, ricade nel caso previsto dall'art. 22 della citata legge del 1898, e dà diritto ad un risarcimento indipendente dall'assicurazione.

Inoltre la legge non parla di *trauma* con tracce più o meno visibili, più o meno permanenti; ma d' *inabilità al lavoro* che impedisca all'operaio di mettere a profitto l'opera propria; e questa inabilità distinguendo in *permanente* (assoluta o parziale) ovvero in *temporanea* (assoluta o parziale) diversamente proporziona l' indennità del patito infortunio.

Consegue da ciò, che avendo l' Esposito subìto un infortunio nel lavoro, nè può dubitarsene per l'accertamento ufficialmente fattone, egli aveva diritto alla relativa indennità per quel tempo che la riportata lesione l' aveva reso inabile al lavoro.

Nè può fare ostacolo a codesto suo diritto quanto fu certificato dai sanitarii della società pel collocamento a riposo derivante da indebolimento naturale e non *traumatico* della sua forza visiva, perchè tale indebolimento, sia pure indipendente dalla lesione riportata, non distrugge questa, che per conseguenza si ebbe la temporanea infermità dell' occhio sinistro.

La Corte dice, che il giudizio di quei sanitarii sia insindacabile innanzi all'autorità giudiziaria, ma non ha considerato che, se questa non può farsi giudice del parere medico quando trattasi di collocamento a riposo, perchè nel contratto di locazione d'opera quella condizione fu accettata e deve essere tenuta presente la responsabilità che la Società assume circa l'idoneità,

---

tasse il giudizio di una persona a lei ignota, nota soltanto, scelta e per giunta pagata dalla società ».

E non è da trascurarsi che nella pratica si presentano spesso dei casi che possono costringere il magistrato, per mantenere apparentemente la súa coerenza, a dei ripieghi che sono delle vere ipocrisie. Valga di esempio il caso presentatosi questa volta al Supremo Collegio in cui lo Esposito fu messo in quiescenza per indebolimento della forza visiva *dopo che aveva subìto un infortunio,* mentre il Consorzio di M. S. della Mediterranea diceva che la vista si era indebolita per cause comuni. Dato ora che si constati che l' infortunio vi sia stato ma lieve, il magistrato dovrebbe chiudere gli occhi se, rilevando la contraddizione, lo Esposito si dolesse di essere stato messo in quiescenza fuori dei casi previsti dal regolamento. Nè il caso è isolato: altri ve ne sono di ben maggiore gravità ed amenità: vale la pena accennare quello testè presentatosi all'esame dei magistrati di Milano in cui lo agente, per combattere il parere ufficiale di un sanitario sociale secondo il quale egli crepava di salute, esibiva un attestato DELLO STESSO SANITARIO da cui risultava invece, ed era vero, che versava in tali condizioni per lesione riportata da non poter continuare il servizio. Inutile dire che il parere ufficiale fu voluto dalla Società in quei sensi, mentre l'altro fu rilasciato dal medico in un momento di oblio, favorito dal fatto che l' agente nascose di esser tale.

Sarebbe curioso indagare come desidererebbe il Supremo Collegio in un caso simile, che pur potrebbesi presentare al suo esame, dove il parere di un perito si trovasse categoricamente smentito dallo stesso.

F. Paolillo

ed abilità al servizio dei suoi agenti; quando invece si tratta della constatazione d'un fatto da cui dipende l'attribuzione, o meno di un' indennità per infortunio dovuta per virtù di legge, è ben lecito all'autorità giudiziaria stessa discutere, o controllare il parere de' sanitarii dipendenti dalla Società. E questo nel caso in esame doveva esser ben consigliato dalla discorde e contraddittoria condotta tenuta dalla Società, dal Consorzio e da' loro medici.

Tutte queste considerazioni conducono all'annullamento della sentenza potendosi in grado di rinvio col riesame della causa discutere ogni altra questione, cui la Corte non si fermò, e che è accennata nel ricorso, circa la compenetrazione del sussidio, e l'applicazione o meno dell'organico delle Romane in preferenza di quello delle Mediterranee.

Per questi motivi. La Corte cassa e rinvia.

5 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. ABATEMARCO
Miressi — Consorzio di M. S. delle Ferrovie Mediteranee

Società ferroviarie — Operaio iscritto alle Casse di Soccorso — Infortunio sul lavoro — Indennizzo — Se possa compenetrarsi con la pensione (o sussidio continuativo) — Modifiche agli statuti concedenti alle società il diritto ad operare la compenetrazione — Approvazioni di tali modifiche da parte del potere esecutivo — Costituzionalità — Art. 18 legge 17 marzo 1898 sugl'infortunii del lavoro e Legge 29 marzo 1900 sugl' istituti di previdenza del personale ferroviario.

All' operaio iscritto alla Cassa di M. S. delle società ferroviarie e colpito da infortunio sul lavoro non può toccare ad un tempo l'indennizzo per l'infortunio ed il sussidio che gli spetti come compartecipante alla cassa, ma solo la somma maggiore (capitalizzata fittiziamente secondo le tavole di mortalità) ed il sussidio (1).

Il R. decreto 22 gennaio 1899 che modificò gli statuti delle casse pensioni o di M. S. ferroviarie permettendo la compenetrazione nei sensi indicati è costituzionale e conforme alla legge sugl' infortunii, tanto più che ne furono riprodotte le disposizioni nella legge 29 marzo 1900 (2).

Sui proposti mezzi il supremo collegio osserva in diritto:

Che la quistione da essi sollevata è, se *spetti ai ferrovieri iscritti alle Casse di pensione, e di Mutuo Soccorso in caso d' infortunio sul lavoro, oltre alla pensione o al sussidio*, anche la indennità stabilita dalla legge 17 marzo 1898.

(1-2) La decisione annotata è la terza che vien pronunziata dalle cassazioni sulla famosa questione della incostituzionalità del Regio Decreto del 22 gennaio 1899, ed è conforme alle altre due, rese una dalla Cassazione di Roma nella causa Venturi c. Ferrovie Adriatiche il 10 gennaio 1903 (*Foro Ital.* 1903 - 1 - 129; *Mon. Trib.* 1903 - 229; *Riv. di dir. comm.* 1903 - 117), l'altra dalla Cassazione di Firenze il 30 aprile u. s. nella causa Tartaglini c. Ferrovie Adriatiche (*Foro Ital.* 1903-1-917).

Quanto alle magistrature minori vi sono in vario senso i seguenti altri pronunziati di corte di appello non ancora venuti all' esame delle cassazioni:

in senso conforme alle decisioni su riferite

Che a risolvere più agevolmente siffatta questione giova con brevità ricordare che nelle Società Ferroviarie sono istituite oltre le Casse pensioni quelle di Mutuo Soccorso.

Le prime concedono le pensioni, che prendono nome anche di soccorso continuativo, con determinate norme a seconda degli anni di servizio, e delle circostanze che dettero luogo al collocamento a riposo; le seconde somministrano agli agenti ferroviarii *che non appartengono alla Cassa Pensioni* sussidii pecuniarii in occasione d' infermità provenienti o meno dal servizio, ed in altri casi previsti di licenziamento o di morte.

L'iscrizione al Mutuo Soccorso di tutti gli agenti provvisti stabilmente di paga mensuale o giornaliera è obbligatoria mediante una proporzionale contribuzione ritenuta sulla mercede. E questa ritenuta unitamente al contributo della amministrazione ferroviaria e ad altri determinati cespiti costituisce la dotazione del mutuo soccorso.

Comunque le funzioni della Cassa pensioni e del mutuo soccorso siano diverse, e non cumulative, perchè questo riguarda coloro che non sono iscritti nell'altra, pure nel caso che la pensione sia inferiore alle lire 365 annue il Mutuo soccorso vi aggiunge un corrispettivo stabile secondo i varii casi previsti dal regolamento. E qualora il compartecipante del Mutuo Soccorso venga iscritto alla Cassa pensioni *questa riceve dall'altra per conto di lui la restituzione del 3 0/0 versato sulla mercede.*

Quando nel 1885 vennero le convenzioni ferroviarie a sostituire alla Società esistente le due grandi reti Mediterranea ed Adriatica, l' art.° 35 del

---

App. Casale in tre sentenze identiche Gatti, Favini ed Eyzautier c. Ferrovie Mediterranee 20 dicembre 1901 (*Foro Ital.* 1902-1-193; App. Napoli 20 nov. 1902 Intemerato c. Ferrovie Mediterranee (*Foro Ital.* 1903-1-42; App. Milano 16 dicembre 1902 ed 8 aprile 1903 (*Mon. Trib.* 1903-209 e 550); App. Roma 18 aprile 1903 (*Temi Romana* 1903, 137);

in senso recisamente opposto alle dette decisioni si è sinora pronunziata la Corte di Appello di Roma il 12 agosto 1902 in causa Farotti c. Ferrovie Adriatiche (*Foro Ital.* 1903-1-54), ed il 14 luglio ultimo in causa Bozzi c. Ferrovie Mediterranee con una pregevole sentenza dell'insigne consigliere Mosca di cui il *Foro italiano* promette la pubblicazione in uno dei prossimi fascicoli;

opinò per una decisione intermedia la Corte di Appello di Milano nella causa Inglese c. Ferrovie del Mediterraneo con una splendida decisione inserita nel *Monitore dei Tribunali* (1903-608).

Poche quistioni destarono interesse maggiore di quella in esame, e quasi nessuna sollevò un contrasto più accanito tra la dottrina ed il foro. Si è visto che la giureprudenza prevalente è per la costituzionalità del decreto del 1899, aggiungiamo ora che *tutta* la dottrina opina per la incostituzionalità, dividendosi poi, quanto alle conseguenze, in due campi che sono quelli tenuti dalle decisioni delle corti di appello ultimamente menzionate.

È inutile riandare i termini della quistione, che sono nelle loro grandi linee chiaramente esposti nella decisione annotata.

Non appena fu pubblicato il decreto del gennaio 1899 l' illustre Cogliolo rilevava in un diario politico.

« È stato preso a danno dei ferrovieri un provvedimento sì ingiusto ed illegale che fa meraviglia possa essere tollerato e nessuno insorga a provocarne l' annul-

Capitolato annesso alle convenzioni medesime provvide al riordinamento degli Istituti di previdenza costituiti allora da quattro consorzii, il cui patrimonio fu liquidato, andando in parte a rifondersi ai nuovi consorzii, e fu detto che sarebbe stata versata ogni anno una somma corrispondente al 2 % degli aumenti di prodotto lordo, al disopra di quello iniziale, da prelevarsi sulla parte di prodotto lordo spettante allo Stato fino a raggiungere la somma che sarebbe risultata necessaria per colmare le insufficienze dei versamenti fatti anteriormente al 1° gennaio 1885; e che dal cominciamento delle convenzioni la quota di contributo, in quel tempo pagata dalle Amministrazioni ferroviarie alle Casse Pensioni, o di Soccorso, sarebbe stata aumentata di due terzi a carico di concessionarii per servire insieme all'aumento di contributo che gli impiegati iscritti nelle casse medesime potrebbero esser chiamati a versare a norma dei regolamenti, ad assicurare in futuro l'adempimento degli obblighi delle casse suddette.

Costituite in tal modo le Casse del Consorzio di mutuo soccorso esse funzionavano quando fu promulgata la legge del 17 marzo 1898 per gli infortunii sul lavoro, la quale nell'art. 18 dispose così:

---

lamento. La legge 17 marzo 1898 circa gli « infortunii sul lavoro » ha concesso alle società ferroviarie con l'articolo 18 la facoltà di assicurare i ferrovieri presso la Cassa di assicurazione, purchè modifichino gli statuti delle casse pensioni, in modo da renderli conformi a questa nuova legge, *senza che restino pregiudicati* i diritti che dai medesimi statuti derivano ai ferrovieri.

« Le società ferroviarie hanno concordato un regolamento, approvato pur troppo dal Ministero che non ha veduto la grave violazione giuridica ivi contenuta, con il quale le pensioni accordate ai ferrovieri vanno computate come indennità di assicurazione.

« Ora basta pensare che queste pensioni i ferrovieri se le vanno costituendo dal 1861 in poi con mensili ritenute sul proprio stipendio, e che costituiscono un diritto proprio acquistato con proprii sacrifici; basta, dicevo, pensare a ciò, per comprendere che il computare tali pensioni come indennità di assicurazione è lo stesso che dire che la indennità di assicurazione concessa dalla legge 17 marzo 1898 è concessa a tutti gli operai, *fuorchè i ferrovieri*. Ingiustizia così grave non può tollerarsi; l'articolo 18 della legge che voleva non pregiudicati i diritti nascenti ai ferrovieri dalle Casse pensioni, è stato palesemente violato. Al governo ed alla pubblica opinione è necessario che questa ingiustizia sia denunciata: che le società ferroviarie l'abbiano commessa e che sia stata approvata è cosa che fa seriamente pensare! »

L'allarme del COGLIOLO non era fuori luogo, e quando vennero le prime liquidazioni sursero i litigi, perchè le Casse pensioni ed i consorzii di Mutuo soccorso, come ne avevano diritto per il R. D. del 1899, fecero le liquidazioni nel modo censurato dagli operai, i quali sostenevano spettare ad essi doppia indennità, una per l'infortunio, un'altra come ascritti alle Casse. Tali litigi ebbero varia sorte innanzi ai Tribunali ed alle Corti di Appello, ma, come si è visto, le Cassazioni si pronunziarono in senso recisamente contrario agli operai. Anche la Cassazione di Torino si è recentemente unita alle sue consorelle, con una decisione che finora non vide la luce in nessuna rassegna perchè risolve la quistione, assumendo come dato indiscutibile che con l'art. 18 della legge sugl'infortunii si intese appunto dare agli operai ferroviarii una sola indennità: il fatto che essi pagano in buona

« Le società esercenti le reti ferroviarie in forza della legge 27 aprile 1885 saranno esonerate dall'obbligo di assicurare gli operai presso gli istituti indicati nell'art. 16, qualora modifichino gli statuti delle rispettive casse pensioni e di soccorso di cui all'art. 31 e 35 de' relativi capitolati d' oneri, in modo da renderli conformi alle disposizioni della presente legge, senza che restino pregiudicati i diritti che dai medesimi statuti derivano alle persone iscritte alle predette Casse ».

« Le modificazioni introdotte negli statuti su menzionati dovranno essere approvate dal Ministero d' Agricoltura e Commercio di concerto col Ministero dei LL. PP. ».

Al seguito di codeste disposizioni legislative furono fatte le volute modificazioni agli statuti della Cassa Pensioni, e di Mutuo Soccorso e queste, anzichè essere approvate dai suddetti Ministeri, lo furono con R. D. 22 gennaio 1899. Ivi nell' art. 3 sta scritto:

« Il Consorzio di Mutuo Soccorso, agli effetti dello art. 9 della legge corri-

---

parte l'assicurazione, in barba a quanto dispose la legge degl'infortunii all'art. 7. per la suprema corte torinese non conta nulla.

Con le decisioni vennero fuori di pari passo gli studii del VERONA POSITANO (*Gl' infortunii sul lavoro* 1-129); del VITALI (*Monitore dei Tribunali* 1902-881, ed in nota alla sentenza della Corte milanese *ivi* 1903-209); del TERRIZZANI (*Foro Italiano*-1903-1-42; *Le casse pensioni ferroviarie e la legge sugl'infortunii* Genova 1902) e dell' AGNELLI (*Rivista di diritto commerciale*-1903-2-117); quali tutti concludono per la incostituzionalità del R. D. del gennaio 1899 con argomenti giuridici poderosi. Quanto alle conseguenze, alcuni, e tra essi il VITALI e l' AGNELLI, accedono alla tesi accolta dalla Corte di Milano nella decisione 3 luglio 1903 che concede all' operaio l' intero assegno di previdenza oltre la rifusione della metà delle ritenute normali versate da lui al Consorzio per contributo; gli altri sono per la tesi più larga della doppia indennità accolta nelle due decisioni della Corte di appello di Roma nelle cause Farotti e Bezzi.

L' indole di questa rivista non consente di pubblicare queste ultime decisioni, le quali si impongono per la chiarezza e la potenza degli argomenti, desunti non già da interpretazioni di questo o di quel ministro, ma dai criterii informatori della legge sugl'infortunii che persuadono senz' altro del torto delle Casse pensioni e di Mutuo Soccorso delle società e della incostituzionalità del decreto. Rileviamo subito però che il Consorzio delle Ferrovie Meridionali soccumbente nella causa Farotti ben presto rinunziò al ricorso da esso prodotto, temendo che la potenza degli argomenti della sentenza impugnata avrebbe potuto scuotere la giureprudenza della Cassazione romana inaugurata con la sentenza del 10 gennaio, che difetta di argomenti in verità. Infatti la Cassazione romana, e sulle sue orme la napolitana con la sentenza su riportata, mettono avanti con singolare ostinazione le risposte date dai ministri all' on. Nofri sulla questione in esame, come se altra risposta fosse da aspettarsi dal potere esecutivo che non fosse in difesa del decreto non a torto accusato di invadenza del campo riservato al potere legislativo. E, quello che è peggio, entrambe le Corti regolatrici prescindono dal vagliare gli argomenti che si adducono in difesa dei ferrovieri, o ne fanno appena un fugace accenno, quasi che le affermazioni dei ministri sulla conformità alle leggi del loro operato sia come il quinto vangelo ed escluda che chi è leso da tale operato possa vedere seriamente discusse le ragioni le quali di dette affermazioni dimostrino la fallacia.

sponderà al compartecipante operaio colpito da infortunio sul lavoro..... » e qui segue, stabilendo la misura dell'indennità secondo i casi di *inabilità temporanea, permanente parziale* o *permanente assoluta*, ed in tali diversi casi spiega che l'assegno per la inabilità temporanea debba esser quello determinato nello

---

Il modo come procedono le Casse pensioni od i Consorzii di M. S. delle Ferrovie in conformità del decreto 22 gennaio 1899 è assai spiccio. Si fa il calcolo di quello che a norma dei vecchi statuti spetterebbe all'operaio a titolo di sussidio continuativo o di pensione; poi la somma così liquidata si capitalizza secondo le tavole di mortalità della popolazione (avuto riguardo cioè all'età dell'operaio). E partendo da tale risultato si fa il paragone con la somma che spetterebbe all'operaio per indennità a norma della legge sugl'infortunii e si conclude ordinariamente: *Tizio ha dal Consorzio* (o *dalla Cassa*) *un miglior trattamento di Lire tot.* Va da sè che quando il valore capitalizzato del sussidio (o pensione) non raggiunge l'ammontare della indennità, l'istituto corrisponde in contanti la differenza fino a raggiungere il pareggio.

Mercè questo sistema gli Istituti dispensano le migliaia a chiacchiere, ridendosi della legge sugl'infortunii. Imperocchè, mentre, nella generalità dei casi, con la legge sugli infortunii si concede all'agente un'indennità per una volta tanto ed in contanti (fatta eccezione pel caso più grave di inabilità permanente assoluta — n. 1 dell'art. 9 della legge sugli infortunii — per il quale la stessa legge all'art. 13 provvede in modo speciale, disponendo che l'indennità deve essere convertita in rendita vitalizia o presso la Cassa Nazionale di previdenza o, finchè questa non sia istituita, presso una Società designata dall'operaio), lo agente ferroviario deve rassegnarsi ad avere corrisposto in una somma annua il suo indennizzo.

Qui si comincia ad intravedere già che gli Istituti seguono una via tutt'altro che legale e che le modifiche dei loro ordinamenti sono tutt'altra cosa che l'esecuzione di quanto si dispose con la legge sugli infortunii.

A procedere con ordine, bisogna esporre qui con maggiori particolari come sia costituito il patrimonio degli Istituti (l'ascrizione ai quali era obbligatoria per tutti gli agenti). Nella decisione annotata è fatto cenno di un primo provento qual'è quello del versamento del 2 % degli aumenti di prodotto lordo al disopra di quello iniziale da prelevarsi sulla parte di prodotto lordo spettante allo stato. Altri ve ne sono e variano di poco secondo che gli Istituti appartengono ad una o ad un'altra delle tre società esercenti. Può prendersi ad esempio il consorzio di mutuo M. S. della Rete Mediterranea dotato dei seguenti altri cespiti (art. 5 dello statuto approvato dal Ministro di LL. PP. con lettera n. 64925/3730 del 30 novembre 1889):

a) il provento della ripartizione del patrimonio degli antichi consorzii;

b) la ritenuta del 3 % sullo stipendio o paga dei compartecipanti non ascritti alla Cassa Pensioni (si poteva essere ascritti ad un tempo alla Cassa Pensioni ed al consorzio di M. S.);

c) la ritenuta dell'1 % sullo stipendio o paga e sui guadagni dei compartecipanti ascritti al consorzio ed alla Cassa Pensioni;

d) il contributo dell'Amm. pel personale iscritto solo al consorzio in ragione del 3 dello stipendio o paga;

e) il provento delle multe inflitte a tutto il personale dell'amministrazione;

f) il provento della vendita degli oggetti abbandonati, rifiutati o ritrovati;

g) il ricavato dalla vendita delle tariffe, degli orarii e delle note di spedizioni;

h) le somme non reclamate e non riscosse dal pubblico nei termini regolamentari per eccedenza di tassazioni;

Statuto di mutuo soccorso, completato dall' altro che eventualmente occorra per raggiungere l' indennità stabilita ai numeri 3 e 4 dell' art. 9; *per la inabilità permanente parziale* la indennità debba essere quella prescritta dal n.° 2 del detto art.° 9, e qualora al compartecipante venga liquidato un as-

---

i) le eccedenze di cassa riscontrate nella gestione delle stazioni;

l) il prodotto dell' impiego dei fondi;

m) i lasciti, le donazioni, gl'introiti casuali e quei proventi che le Società assegnassero a favore del Consorzio.

Con la legge 15 agosto 1897 n.° 383, in vista della prossima fondazione dei nuovi istituti di previdenza, fu stabilito che il funzionamento delle casse pensioni e dei consorzii di M. S., rimasti fino allora in piedi, ad onta che fin dal 1885 (art. 35 delle convenzioni ferroviarie) si fosse stabilito di riordinarli sostituendoli magari con Istituti nuovi — il che fu fatto solo in via provvisoria da ciascuna delle tre reti esercenti mercè modifiche provvisorie — si dovesse arrestare col 31 dicembre 1896.

I nuovi istituti si fecero attendere per anni e furono disciplinati con la legge del 29 marzo 1900 in base alla quale vennero poi emessi gli statuti definitivi anche degl' istituti provenienti dalle cessate società *Meridionali, Romane, Alta Italia* e *Calabro-Sicule* approvati con tre decreti reali del 2 agosto 1902 n.° 404. In tali statuti, quelli cioè che riflettono gli agenti ascritti agl' istituti in vita prima del dicembre 1896, è detto (art. 1): « *Il Consorzio...... provvede inoltre ai termini dell' articolo V al pagamento delle indennità nei casi di infortunii sul lavoro* ». E qui continua la illegalità menata buona dal potere esecutivo, perchè nel capo V si disciplina la materia degl' infortunii coi criterii cui si ispirarono le Società quando nel 1899 emanarono le disposizioni modificative.

Ma la cosa stranissima è che, mentre nel riordinamento di vecchi istituti si disse che quello nuovo provvedeva pel pagamento della indennità, nello statuto dello Istituto di previdenza per il personale assunto dopo il 31 dicembre 1896 si dice (art. 2 ult. cap.): « *Le due sezioni* (nelle quali si suddivide l'istituto) POSSONO PROVVEDERE *al servizio d'indennità in caso di infortunio sul lavoro,* a norma della legge 17 marzo 1898 e giusta le disposizioni di cui al Tit. IV del presente statuto ». Ed al titolo IV (art. 32) si dice: « Le due sezioni.... provvedono al servizio di indennità in caso di infortunii sul lavoro, *qualora la Società non abbia*, in conformità della legge, *altrimenti provveduto alla loro assicurazione* ». Curiosa davvero! Per i nuovi agenti — cioè quelli assunti dopo il 1896 — la Società può provvedere altrimenti alla loro assicurazione ciò vuol dire che, ove così faccia, lo istituto deve corrispondere lo assegno all'agente che va inqniescenza per infortunio indipendentemente da quello che gli tocca per indennità da infortunio. Ove poi la società non provveda *altrimenti* — nel fatto non ha provveduto e nessuno in verità nei panni della società avrebbe provveduto *altrimenti*, essendo assai comodo il sistema da assicurare a chiacchiere — la indennità è uno dei fattori dell' assegno. Per gli agenti invece che fino al 1896 furono ascritti agli antichi consorzi od alle antiche casse pensioni, e che furono e sono tuttora costretti a versare alle casse una parte dei loro stipendii, la indennità deve essere sempre uno dei fattori dell' assegno. Non è chi non veda come la condizione giuridica degli agenti nuovi dipenda dal capriccio della società, mentre quelli antichi debbono soggiacere alla ingiusta disposizione che la indennità per l' infortunio debba essere parte di quella pensione che concorsero con le loro ritenute a crearsi in virtù di un patto liberamente accettato da essi e dalle società. Questo dualismo e questa anomalia o più ancora

segno a norma dello statuto, vi sia aggiunta la differenza fra il valor capitale di tale assegno e la indennità come sopra prescritta; per *l' inabilità permanente assoluta* l' indennità debba comprendere il trattamento indicato dallo Statuto, e la somma, che eventualmente occorra aggiungere al capitale cor-

---

la sanzione data a questo cumulo di irregolarità prima dal potere esecutivo e poi dal magistrato sono una strana aberrazione. La poca conoscenza della materia è una delle cause da cui tale aberrazione è derivata, ma è da augurarsi che non tarderanno i supremi collegi a prendere in esame ancor meglio la quistione per venire alla decisione opposta a quella che ha adottata e così bene motivata la Corte di Appello di Roma con le due decisioni del 12 agosto 1902 e del 14 luglio 1903.

Fu esposto di sopra come, tranne poche varianti, erano costituiti i patrimonii degli antichi consorzii e delle antiche casse pensioni e fu visto che una parte discreta di tale dotazione è formata dai contributi degli agenti. È opportuno adesso aggiungere che il diritto alla pensione ed al sussidio continuativo concesso agli agenti antichi era inerente al contratto di locazione di opera interceduto tra essi e le società esercenti, e domandare: come mai ha potuto accadere che tale diritto sia stato distrutto con le modifiche approvate col decreto del 17 gennaio 1899?

La Cassazione di Napoli con la decisione annotata e le sue consorelle negano la premessa e se la sbrigano ripetendo quanto disse il Guardasigilli Cocco Ortu in risposta all'on. Nofri nella tornata del 19 aprile 1902, senza badare che, se quanto esso diceva poteva essere applicabile agli agenti assunti *dopo* il 1896, rimaneva pur sempre nei riguardi degli altri tutta la grave mora delle potenti ragioni su cui si fondava lo addebito di incostituzionalità dei decreti del 22 gennaio 1899, le cui disposizioni furono purtroppo ripetute così nello statuto di nuovi istituti di previdenza approvato col decreto 31 gennaio 1901 come in quello definitivo dei vecchi approvato col decreto 2 agosto 1902.

Come veniva messa la questione in quel rincontro? L' on. Nofri ricordava al ministro Cocco-Ortu le parole da questo pronunziato allorchè si discusse alla camera l' art. 18 nella seduta dell' 11 marzo 1898: « I ferrovieri..... *avranno i vantaggi acquisiti e non potranno perdere gli altri di questa legge* » per lamentare che la Società avessero fatto quello scempio che tuttora fanno dell' art. 18 e sostenere un emendamento diretto ad evitare l' inconveniente nell' avvenire. Alla sua volta il Guardasigilli rispose che l' emendamento menava al risultato di dare al ferroviere infortunato due indennità, e soggiunse che in sostanza l'art. 18 della legge sugl' infortunii è ispirato allo stesso principio del precedente art. 17, di essere esonerati cioè gl' imprenditori dell' obbligo di pagare altrimenti l' indennità per infortunio toccata al loro operaio, quante volte la stessa indennità toccasse a quest' ultimo da una Cassa privata fondata a cura e spese degli imprenditori. Ma qui vi è una confusione di concetti, perchè le Casse pensioni antiche ed i Consorzii di M. S. antichi davano la pensione od il sussidio continuativo agli agenti ascritti ad essi in forza del contratto di locazione di opera stretto con la Società, quando l' obbligo in questa di assicurarli era ancora *in fieri*; onde tale pensione o tale sussidio anche oggi devesi corrispondere. E fu proprio questo che si intese con la locuzione dell' art. 18 « *senza che restino pregiudicati* i diritti che dai medesimi statuti derivano alle persone iscritte alle predette casse ». L' aver consentito alle Società di operare la compenetrazione si risolve in questo che esse imputano a ciò che avrebbero dovuto pagare, per assicurare l' agente infortunato, quello che hanno pagato per costituirgli una pensione, mentre proprio l' adempimento di questo patto si volle mantenere con la locuzione *senza che restino pregiu-*

rispondente al trattamento medesimo per assegnare complessivamente all'operaio l'indennità nella misura prescritta dal n. 1, dell'art. 9.

Dal ricordo e confronto delle succennate disposizioni legislative desumesi, che la legge del 1898 nello art. 18 dispensò le Società Ferroviarie dall'obbligo di assicurare gli operai per gli infortunii sul lavoro se avessero modi-

---

ficati ecc., tanto vero che fu una *facoltà* non un *obbligo* fatto alle Società quello di fare il servizio delle assicurazioni per mezzo degli istituti già esistenti presso di esse. Ora si rifletta un poco: se le Società avessero assicurato gli agenti presso altri istituti, è fuori dubbio che quelli esistenti presso di esse avrebbero dovuto corrispondere agli agenti colpiti da infortunio la pensione secondo i proprii ordinamenti, senza riguardo a quanto avrebbe corrisposto per indennità l'istituto assicuratore. Invece avendo esse, valendosi della facoltà concessa dall'art. 18, modificato le Casse ed i Consorzii in modo da fare anche il servizio di assicusazione, agli agenti non tocca mai quello indennizzo in contante che la legge concede agli altri operai. Così quella uguaglianza di condizione che avrebbe dovuto esservi in entrambi i casi è sparita, e si è data efficacia ad una condizione protestativa, dichiarata nulla dall'art. 1162 cod. civ., perchè con le modifiche apportate si è venuti perfettamente a dare il modo alle Società di togliere agli agenti quello che, se si fossero valse della facoltà di agire altrimenti, avrebbero dovuto dar loro. Non si può assolutamente fare il torto al legislatore di pensare che abbia voluto che l'art. 18 avesse disposizioni così antitetiche nei riguardi delle società ferroviarie.

Nè l'avere subordinato l'esonero dall'obbligo dell'assicurazione alle modifiche degli statuti delle Casse e dei Consorzii conduce alla conseguenza cui hanno voluto giungere le Società, imperocchè la modifica doveva andar di pari passo col rispetto assoluto dei diritti acquisiti dei partecipanti come è detto nel testo dell'art. 18.

Tra le due opinioni estreme si è formata la intermedia che, avanzata dal VITALI (loc. cit.) fu accettata dalla Corte di Appello di Milano con la dotta sentenza del 3 luglio ultimo e dall'AGNELLI (loc. cit. e nel fascicolo 10-11 del suo *Commento alla l. sugl' infortunii* uscito recentemente). Tale opinione consiste in ciò che, ritenuta la incostituzionalità del decreto del gennaio 1899, mentre si dovrebbe dare all'operaio infortunato la indennità legale, gli si dovrebbe restituire una parte delle ritenute versate da lui per contributo. Essa fu intraveduta dall'on. Gianolio (tornata del 19 aprile 1902); ma dà una soluzione solo empirica al grave dibattito e fa rimanere senza risposta il quesito che si pone quando si domanda: se l'agente (intendiamo riferirci sempre ai vecchi impiegati) aveva il diritto quesito alla pensione o sussidio continuativo, *quo titulo* si converte tale diritto nella indennità?

Poichè tra non molto la Cassazione di Napoli sarà chiamata a decidere nuovamente sulla questione in esame, ci riserbiamo di esaminar meglio questa opinione intermedia che non accettiamo, perchè, a riguardo dei vecchi agenti, la tesi del doppio indennizzo ci pare la sola vera. La stessa Cassazione di Napoli e quella di Roma pare, non potendo dare adeguata risposta alla obbiezione, che è in opposizione a quanto dispone l'art. 7 della legge il fatto che gli agenti contribuiscono alla propria assicurazione mediante le ritenute sui loro stipendii, dice che queste ritenute potrebbero essere ripetute con ragione in caso di infortunio. E non si accorgono i Supremi consessi che in ciò dire distruggono tutti i loro ragionamenti! Ma su questo argomento ritorneremo.

F. Paolillo

ficati gli statuti sulle Casse Pensioni e di Mutuo Soccorso, di cui agli articoli 34 e 35 dei capitolati di oneri del 1885, in modo da renderli conformi alla citata legge del 1898, senza pregiudizio però dei diritti già quesiti dagl' iscritti alle predette Casse; e che le Società eseguirono quelle modificazioni, e le fecero approvare col R. D. 22 gennaio 1899 in guisa da unificare l'indennità dovuta pel mutuo soccorso e quella per l'infortunio, assegnando ed aggiungendo a complemento solo la maggiore differenza che sarebbe risultata tra l'una e l'altra. E questo fu denominato nella pratica *compenetrazione* delle due indennità, che con vocabolo più corretto e legale sarebbesi potuto chiamare *compensazione* fino alla maggiore differenza.

Naturalmente codesto R. D. doveva allarmare i ferrovieri, i quali vedevano che la legge del 1898 per gl'infortunii sul lavoro rispetto ad essi veniva ad essere eseguita, senz' alcun versamento d'assicurazione da parte della Società, coi fondi del Mutuo Soccorso cui essi medesimi erano contribuenti e compartecipanti, mentre, per detta legge, nulla devesi dall' assicurato; facendosi in modo che di due istituzioni di previdenza restava loro una sola, perchè raro ed illusorio il caso eventuale della differenza in più fra l'indennizzo stabilito dalla legge del 1898, e quello dovuto pel Mutuo Soccorso.

Di qui l'accusa di surrestizio e di incostituzionalità al cennato R. D. del 22 gennaio 1899 e le interpellanze analoghe in Parlamento, fra le quali è rilevante quella del deputato Nofri nella tornata 9 marzo 1901, cui il Sotto segretario di Stato pei LL. PP. rispose, di *trovar giuste in gran parte le fatte osservazioni e che dal Ministero dell'Agricoltura, industria e commercio si stavano facendo studii per introdurre alcune varianti le quali, sperava, avrebbero dovuto soddisfare l' interpellante; il che non eragli per allora consentito.*

Però nel dire questo il Ministro difese il R. D. dall'addebito d'aver dato una arbitraria interpetrazione allo art. 18 della legge del 1898, essendo state le modificazioni prima sottoposte al Consiglio di Stato; ed aggiunse che il dritto degli operai era ben garentito dalla *maggiore indennità che eventualmente sarebbe potuta spettare ad essi e garentiti altresì i diritti acquisiti che la legge aveva voluto tutelare.*

Nella tornata 19 aprile 1902, in occasione che discutevasi il nuovo progetto di legge per la riforma di quella vigente, il medesimo deputato Nofri propose un emendamento all' art. 18 col quale si sarebbe risoluta la quistione che ora si agita, spiegando che le Società Ferroviarie sarebbero state esonerate dall' obbligo di assicurare gli operai, qualora avessero modificato gli Statuti delle rispettive Casse pensioni e di Soccorso Mutuo e quelli dei rispettivi istituti di previdenza, senza pregiudizio dei diritti acquisiti dagli iscritti, ed in modo quindi che il diritto degli operai agli indennizzi, di cui allo articolo 9 a totale carico delle Società esercenti, rimanga integro ed indipendente affatto dall' altro diritto alle pensioni, ed ai soccorsi liquidati in caso d' infortunio dalle Casse e dagli istituti di previdenza.

Codesto emendamento, che diè luogo ad una larga discussione, non fu approvato; ed il Ministro Guardasigilli ebbe a dichiarare respingendolo, che quella non era una modificazione dell' art. 18, ma addirittura una nuova disposizione che avrebbe dato all' operaio assicurato una doppia indennità.

E poichè l'onorevole Nofri aveva ricordato al ministro le sue assicurazioni

fatte ad occasione della discussione della legge 1898, cioè che i diritti acquisiti dagli operai non sarebbero stati pregiudicati, il Guardasigilli osservò « che niun pregiudizio erasi nel fatto arrecato ai mentovati diritti, in quanto « che per l' art. 18 si debbono applicare agli operai delle ferrovie le stesse « disposizioni dell'art. 17 che esonera gl'imprenditori, i quali hanno fondato « a loro cura e spese casse private con indennità non inferiori a quelle sta- « bilite dalla legge, dall'assicurare il pagamento dell'indennità concessa dalla « Cassa privata invece dell'altra stabilita dalla legge. Per l'art. 18 adunque, « qualora gli statuti delle Casse, uniformandosi alla legge, assegnano indennità « uguali a quelle della legge, ed in sua vece, non si può dire che dagli sta- « tuti siano pregiudicati i diritti conceduti agli operai ».

Dall'insieme concordato delle disposizioni sulle Casse Pensioni e di Mutuo Soccorso, dell'art. 35 del capitolato d'oneri annesso alle convenzioni del 1885, dell' art. 18 della legge del 1898, del R. D. 22 gennaio 1899 e delle discussioni parlamentari si ricava apertamente il concetto legislativo che l'operaio colpito da infortunio sul lavoro abbia secondo i casi un sussidio temporaneo e continuativo che lo sollevi, e lo sostenga, e che questo non gli possa giungere per doppia via; onde s'è ascritto alla Cassa Pensione non può fruire del Mutuo soccorso, e se questo provvede all'infortunio non debba dare altra indennità, salvo che quella maggiore differenza risultante nella compenetrazione o compensazione delle indennità assegnate.

Nè si dica che col mutuo soccorso l'operaio assicura mercè il suo contributo sè medesimo, e che non sia vietato a lui, affidandosi al proprio previdente risparmio, assicurarsi ancora presso Società diverse dalle ferroviarie, ed ottener diverse indennità pel sinistro, perchè nel mutuo soccorso egli contribuisce soltanto in minima parte al fondo sociale, onde chieder potrebbe con ragione il rimborso delle quote già versate, e perchè tutte le altre assicurazioni non sono da confondersi con quella di cui trattasi, e per la quale il mutuo soccorso diventa esso Cassa di Assicurazione per gli Statuti Sociali modificati secondo la legge del 1898.

E che il Mutuo Soccorso sia bensì costituito come *Cassa Assicuratrice contro l' infortunio*, apparisce apertamente dall'art. 18 della surriferita legge, la quale volle che il consorzio di mutuo soccorso, di cui parla l' art. 35 del capitolato d' oneri annesso alle convenzioni del 1885, avesse trasformati i suoi statuti in conformità della legge stessa. La quale trasformazione sarebbe stata inutile imporre ove non si fosse avuto il cennato scopo di far funzionare il consorzio anche *come Cassa di Assicurazione contro l' infortunio sul lavoro.*

Consegue da ciò che sia insussistente l'addebito d'incostituzionalità del R. D. de' 22 gennaio 1899 se questo non fece che eseguire quanto legislativamente era stato prescritto. Nè l'incostituzionalità si potrebbe sostenere per esser le modificazioni state approvate con R. D. anzichè con disposizione Ministeriale secondo che la legge aveva prescritto. Codesta è quistione di forma; che non muta la sostanza del precetto legislativo, anzi l'avvalora col provvedimento sovrano preceduto dal parere del Consiglio di Stato. E che codesto provvedimento abbia per dippiù avuta la ratifica legislativa si desume dal vedervi riportate le disposizioni nella posteriore legge del 29 marzo 1900 — Per questi motivi — La Corte rigetta il ricorso.

22 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. COSENZA
Amministrazione della Guerra — Impresa Lavanderia militare

Arbitri — Ricusazione — Motivi sopravvenuti — Interesse nella lite. art. 116 cod. proc. civ.

L'arbitro può bensì, al pari di ogni altro giudice, essere ricusato, ma solo quando non fu nominato direttamente dalle parti, o quando la causa di incompatibilità sia sopravvenuta alla nomina: altrimenti il diritto di ricusare si intende per rinunziato (1).

L'art. 116 del cod. di proc. civ., parlando di interesse che il giudice possa avere nella lite, intende sempre accennare ad interesse personale e diretto, non ad un interesse ipotetico a base di prevenzioni e di sospetti immaginarii. »

(Omissis) Osserva in dritto.

L'Amministrazione militare col suo ricorso prospetta la seguente proposizione.

In una controversia che interessa lo Stato è nulla la scelta di un arbitro se cada su persona dipendente o aggregata ad una delle Amministrazioni

---

(1) I. — La nostra legge (art. 34 n. 2 cod. proc. civ.), accenna appena alla ricusazione degli arbitri. Ma è comune opinione che gli arbitri possano essere ricusati pei motivi medesimi per cui si può far luogo alla ricusazione dei giudici (art. 116 cod. proc. civ. — Vedi MATTIROLO, *Trattato*, I, ediz. 4. n. 817; MORTARA *Manuale*, I, ediz. 3. n. 1055; AMAR, *Dei giudizi arbitrali, ediz.* 2., Torino 1879, n. 142; TRIANI, *Studi ed appunti di diritto civile giudiziario, III, del compromesso,* Bologna 1883, pag. 312; GALANTE, *Sentenze arbitrali,* in *Digesto italiano,* Torino 1894, cap. II. n. 39; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino 1898, n. 100; LESSONA, *Manuale*, n. 30; BORSARI, GARGIULO o CUZZERI, nei rispettivi *Comment.*, sull'art. 34. Per la giurisprudenza vedi il CODOVILLA, op. e loc. cit.) E si aggiunge, anche comunemente, che i soli arbitri nominati dal giudice (LESSONA, op. e loc. cit. Vedi pure CODOVILLA op. e loc. cit.), o non nominati direttamente dalle parti (art. 12 cod. proc. civ.), sono ricusabili per motivi anteriori alla nomina (VITI, *Istituzioni*, II, n. 12, pag. 22; AMAR, op. e loc. cit.; MATTIROLO, op. cit. n. 818 ed 819; RICCI, *Comm.* n. 28-30; CUZZERI, op. e loc. cit. Vedi pure TRIANI, op. e loc. cit.), a meno che le parti non provassero che esse non conoscevano i motivi di ricusazione esistenti al tempo della nomina degli arbitri (MATTIROLO, op. cit. n. 820; AMAR, op. e loc. cit.).

Solo il CODOVILLA (op. e loc. cit.) si distacca dalla comune opinione, perchè sostiene essere più conforme al sistema della legge sulla ricusazione dei giudici ritenere che la nomina dell'arbitro, non ostante la scienza di una causa di ricusazione del medesimo, non tolga il diritto di ricusarlo in seguito e per la stessa causa. Ma non ha ragione.

Ammesso pure che dall'art. 131 del cod. di proc. civ. si desuma, il che non è (arg. art. 121 e 122 cod. proc. civ. Vegganssi: MORTARA, op. cit. II, n. 876 e LESSONA, op. cit. n. 80), la generale facoltà della ricusazione *anche a giudizio inoltrato,* facoltà che non potrebbe non applicarsi agli arbitramenti, una volta che per questi si ricorre alla legge comune in materia di ricusazione; non si desume egual-

dello Stato stesso. Si può ritenere che l' arbitro scelto abbia interesse nella causa.

Prima però di discutere questa proposizione è d'uopo rispondere a due deduzioni che si fanno dalla difesa del resistente.

---

mente il divieto della rinunzia a tale facoltà, perchè non è detto che uno non possa aver tanta fiducia in un altro, da consentire che questi giudichi dei suoi interessi, malgrado la sussistenza di uno dei motivi segnati all' art. 116 del codice di procedura civile: il che è tanto vero, in quanto è certo che si tratti di interessi, i quali per aver potuto formare obbietto di compromesso (art. 8 cod. proc. civ.), possono essere sempre, implicitamente o esplicitamente, obbietto di rinunzia efficace.

Sotto questo punto di vista, nemmeno nei casi di interesse personale e diretto dell'arbitro (art. 116 n. 1) si avrebbe una causa di assoluta incompatibilità, che cagionerebbe la nullità della sentenza. Nè la facoltà della rinunzia implicita, che genera il divieto di proporre la ricusazione quando che sia, mi pare inconciliabile col *dovere* dei giudici, e quindi degli arbitri, di astenersi, quando vi sia un motivo di ricusazione da essi conosciuto, ancorchè non proposto (art. 119 cod. di proc. civ.). L'arbitro, come il giudice, può bene liberamente, nella sua coscienza, guardare se gli convenga od abbia la serenità di decidere, malgrado le parti abbiano dimostrato tanta fiducia in lui.

Infine, se non da altre ragioni, la comune opinione è sorretta dalla disposizione contenuta nell'art. 1014 del codice di proc. francese, che ammette le sole cause di ricusazione posteriori al compromesso. La quale disposizione passò pure negli art. 1072 del cod. sardo del 1854 e 1110 del cod. sardo del 1859, e giustamente non trovasi ripetuta nel nostro, perchè diveniva superflua. La ricusazione « è una misura per la difesa del proprio interesse accordato alle parti; » e il silenzio delle parti interessate « toglie ogni difetto al giudizio. » (MORTARA, op. cit. II, n. 876).

II. — Maggior difficoltà presenta invece la questione della competenza, perchè se è indubitabile che per regola si debba adire il giudice che sarebbe competente per *grado* e per *territorio*, non mi sembra poi esatto: a) che questo giudice debba esser sempre quello *collegiale* (MORTARA, op. e loc. cit.; MATTIROLO, op. cit., I, n. 821; LESSONA, op. e loc. cit.), per modo che, se la causa sarebbe stata di competenza del conciliatore o del pretore, spetti la decisione al tribunale (MORTARA op. e loc. cit.); b) che della ricusazione possa decidere sempre il collegio arbitrale (Vedi in CODOVILLA, n. 101 e 102), o almeno se vi fu autorizzato (MATTIROLO, op. cit. n. 821; LESSONA, op. e loc. cit.).

Non si può ammettere infatti, che gli stessi arbitri pronunziino sulla ricusazione, poichè manca all'uopo in essi il potere giurisdizionale, una volta che, ricusato uno o più di essi, non sussistono ancora come collegio giudicante. (Non è il caso di invocare qui il principio *iudex est competens in causa suae competentiae:* vedi GALANTE op. cit. cap. II): a prescindere che, a causa della ricusazione, mancherà pure quasi sempre il numero dispari dei votanti (MORTARA, op. e loc. cit.).

Inoltre l'autorizzazione esplicita suppone la conoscenza della causa di ricusazione e quindi la rinunzia implicita alla medesima, se, malgrado tutto, l'arbitro viene nominato. Nè potrebbe sostenersi la validità di una clausola compromissoria in cui si desse agli arbitri, nominati o da nominare (art. 12 c. p. c.), non solo la facoltà di decidere *le controversie* che possono nascere dal contratto (art. 12 c. p. c.), ma anche quella di decidere sulla ricusazione di uno di essi, quando la ricusazione non ha che vedere col contratto, e non si può proporre senza conoscere ed indicare *i motivi e i mezzi di prova* su cui si fonda (art. 123 c. p. c.).

Si dice dapprima che il Commissariato di guerra sia parte in giudizio, perchè il direttore dello stesso sottoscrisse il contratto interceduto tra la Impresa Romano ed i reggimenti residenti in Napoli. Ciò è vero nel fatto; però il Commissario direttore di quell'ufficio lo sottoscrisse qual rappresentante di

---

Occorrerebbe perciò l'accordo delle parti per un *apposito giudizio arbitrale* (Mortara, op. e loc. cit.).

Il Codovilla (op. cit. n. 102) oppone che si tratterebbe di un patto illegale ed inefficace in modo assoluto, perchè vertente sopra questione che non può essere transatta e quindi formare obbietto di compromesso (art. 8 cod. proc. civ.). Però se egli ha ragione quando dice che si può transigere, e quindi compromettere, solo sulle cose che possono essere oggetto di convenzione (Mortara, op. cit. II, n. 1037), malamente invece crede che non si possa convenire di lasciarsi giudicare da un arbitro ricusabile, mentre alla ragione di ricusazione si può rinunziare e la stessa materia del giudizio è lasciata alla libera contrattazione delle parti (art. 8 cod. proc. civ.).

Il Codovilla scrive: « La transazione è ammessa solo sopra cose materiali, che possono essere oggetto di patrimonio, o sopra diritti patrimoniali. Basta porre la questione per vedersi che il diritto di ricusazione di un arbitro non è un diritto patrimoniale, commerciabile; e che quindi, come non può essere oggetto di transazione, così non può la controversia sul medesimo deferirsi agli arbitri. » Invece basterebbero queste parole per giudicare un libro, che pure gli editori hanno tanto divulgato.

E quanto alla incompetenza del giudice singolo, essa non è punto generale (contra: Mortara, op. e loc. cit.); perchè l'art. 120 capov. del cod. di proc. civ. dispone che « la cognizione dei motivi di ricusazione spetta *se di conciliatore al pretore, e se di quest'ultimo al tribunale civile.* » E poichè in questi casi il giudice sarebbe quello che dovrebbe decidere in grado di appello, l'art. 128 aggiunge: « Contro le sentenze pronunziate sulla ricusazione di un *conciliatore* o di un *pretore* non è ammesso appello. » (Veggasi Mortara, op. cit. II, n. 877). Secondo il Mattirolo (op. e loc. cit.) i conciliatori e i pretori sarebbero esclusi, perchè le questioni di ricusazione sono di *valore indeterminabile.* Ma questa ragione sarebbe vera solo se della ricusazione si dovesse decidere non in rapporto alla controversia, sibbene indipendentemente da questa, e non esistesse l'art. 120.

Veramente qualcuno ritiene che, come il pretore, anche il conciliatore, possa conoscere della domanda di ricusazione dell'arbitro nei casi in cui sarebbe competente a giudicare della causa principale, se questa fosse stata compromessa; e ciò perchè « la ricusazione è un *incidente* della causa principale » (Amar, op. e loc. cit.; Cuzzeri, *Comm.* sull'art. 34). Osserva il Mattirolo (op. e loc. cit.) che tale opinione è in evidente contrasto col disposto dell'art. 120 del cod. di proc. civ. E *forse* questo articolo (poichè la legge del compromesso tace, e la legge comune o è in tutto applicabile o non lo è mai, salvo a guardare fino a che punto non debba invocarsi anche nella specie il generale criterio interpretativo, che pure trovasi in materia procedurale esplicitamente scritto agli art. 392, 410, 414, 447 e 464 del codice) può essere invocato per escludere *in genere* la competenza del conciliatore a decidere in tema di ricusazione, sebbene la ragione della legge non sarebbe favorevole a questa generale esclusione, perchè invece è dettata dal principio che nessuno può essere giudice di sè stesso.

Qualcuno ha creduto di addurre in materia nuovi argomenti. Ma, o ripetono le cose dette, ovvero sono malamente invocati: a) quello che, dovendo l'incidente sulla ricusazione sottoporsi ad un giudice diverso, la competenza non può deter-

quei corpi militari, non nel proprio nome. Dunque non fu contraente ma rappresentante del contraente. A prescindere poi che questa è deduzione nuova fatta per la prima volta in Cassazione.

Si dice in secondo luogo che vi sia incertezza nella persona dell'arbitro.

---

minarsi « in relazione alla domanda che non gli è sottoposta, » sibbene « in relazione alla domanda di ricusazione che gli è sottoposta » (CODOVILLA, op. cit. n. 104); b) o l'altro che l'art. 19 del cod. di proc. civ. non stabilisce che quando sorga nel giudizio arbitrale un incidente la cui decisione spetti all'autorità giudiziaria, gli arbitri debbano rimettere le parti *all'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia loro sottoposta,* perchè parla invece soltanto di *autorità giudiziaria competente,* che sarebbe poi quella determinata dalla domanda che le dovrà essere sottoposta (CODOVILLA, op. e loc. cit.).

Esclusa infatti quella del valore indeterminato, nessuna ragione militerebbe per sostenere che il giudice competente a decidere non debba essere il pretore, o lo stesso conciliatore, una volta che non si tratti di questioni di stato (art. 8 e 81 cod. proc. civ.), di questioni di falso (art. 316, 406, 431 e 455 cod. proc. civ.). o che so altro, sottratte alla competenza del giudice unico in genere e per le quali giustamente l'art. 19 parla di *autorità giudiziaria competente*, invece chè di autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia sottoposta agli arbitri.

III. Si ritiene pure comunemente, e la cosa non forma obbietto di dispute, che la domanda di ricusazione degli arbitri è proposta e istruita in modo analogo a quella dei giudici. Posto il principio della estensione agli arbitramenti delle regole che concernono la ricusazione dei giudici, sono insussistenti i dubbii accampati dal CODOVILLA (op. cit. n. 105) contro la comune opinione, che sostiene l'applicabilità. nella materia in esame, degli art. 121 e 122 del codice di proc. civ. (AMAR op. cit. n. 822; LESSONA, op. cit. n. 30).

Potendo gli arbitri decidere della questione della ricusazione di altri arbitri. spetta alle parti la facoltà di stabilire le forme e i termini ai sensi e per gli effatti dell'art. 17 del codice (MATTIROLO op. e loc. cit.; AMAR, op. cit. n. 146. Contra: CODOVILLA, op. cit. 106). Altrimenti il procedimento di ricusazione degli arbitri segue le forme stabilite per quello dei giudici (Conf. MATTIROLO, op. e loc. cit.; AMAR, op. e loc. cit. Contra: CODOVILLA, op. e loc. cit.).

Delicata è la questione se la domanda di ricusazione sospenda il corso del giudizio arbitrale. Negativamente la decise la cassazione di Torino (20 luglio 1897. *Foro ital.* 1897, 986): affermativamente ha opinato il CODOVILLA (op. cit. n. 107). Senza entrare nella disamina delle ragioni *hinc inde* addotte (il CODOVILLA p. es. crede di poter invocare l'art. 124 del codice come disposizione di ragione naturale, di diritto comune, mentre ha sostenuto la inapplicabilità degli art. 121 e 122, come disposizioni relative « a materie diverse per quanto analoghe, » che « non si estendono per analogia nemmeno se, per avventura, concorra la medesima ragione della legge ») a me sembra indubbia, in via di principio, l'applicabilità dell'articolo 124 del codice anche al giudizio arbitrale.

Quanto alle consegnenze però della omessa sospensione, salvo il caso in cui i compromittenti abbiano obbligato gli arbitri ad osservare le forme stabilite dalla legge per i giudizii ordinari (art. 17 e 32 n. 5 cod. proc. civ.), mi sembra egualmente indubbio che non possa proporsi l'azione di nullità, non solo perchè coll'incidente della ricusazione non ha che vedere l'art. 19 del codice (contra: CODOVILLA op. e loc. cit.), ma specialmente perchè la mancata sospensione non rientra in nessuno dei casi specificati *tassativamente* dall'art. 32, fino a quando, per la ricu-

Questa deduzione, pure fatta la prima volta in Cassazione, neppure è esatta, perchè non è che fu scelto come arbitro un corpo od un collegio avente funzioni proprie, ma una persona determinata, cioè quella che riveste le funzioni di Direttore del Commissariato e di comandante il presidio di Na-

---

sazione *già decisa*, non possa eventualmente (arg. art. 12 c. p. c.) sostenersi *cessato* (art. 34 n. 2), e quindi *scaduto* (articolo 23 n. 1), il compromesso.

IV. — Circa all'appello dalle sentenze pronunziate in tema di ricusazione, in quanto sia ammessibile (e cioè, quando sulla ricusazione abbiano pronunziato il tribunale, o, secondo la opinione suesposta, il conciliatore, appellabilmente, oppure gli arbitri, in luogo del tribunale o del conciliatore), o le parti non l'abbiano escluso, provvedono gli art. 128, 129 e 130 del codice, applicabili anche nella materia degli arbitramenti (AMAR, op. cit. n. 147; app. Genova, 20 gennaio 1890, *Giur it.*, 1890, II, 332). Il CODOVILLA (op. cit. n. 109) sostiene invece che l'appello dev'essere proposto nelle forme e nel termine ordinario, « con atto notificato all'arbitro ricusato e a coloro che erano nel giudizio avanti il tribunale »: ciò per la solita ragione che è impedita l'applicazione estensiva « delle disposizioni di diritto singolare, eccezionale, ai casi sebbene simili o analoghi, e sebbene esista la medesima ragione della legge. »

Ma è facile opporre che la forma ordinaria dei giudizii di appello non è consentanea alla natura speciale del giudizio di ricusazione, in cui la istruttoria segue senza la pubblicità (LESSONA, op. cit. n. 8), il giudice ricusato non è veramente parte in causa (MORTARA, op. cit. II, n. 881), e la stessa parte contraria al ricusante non ha neppure un interesse legittimo contrario, quello cioè di far decidere la causa da un giudice piuttosto che da un altro (MORTARA, op. e loc. cit.; LESSONA, op. cit. n. 82).

È quindi inutile indugiarsi a dimostrare: a) che ogni disposizione di legge, eccezionale o non, si deve sempre applicare secondo la sua naturale comprensione; e, in tema di ricusazione, si tratti di giudici o di arbitri, la materia e la funzione identiche (Vedi GALANTE, op. cit., cap. I, n. 1 e segg.), rientrano nei confini di una identica regola; b) che non si può parlare di legge eccezionale di fronte ad una legge generale (art. 4 disp. prel. al cod. civ.), quando, per esser la materia di entrambe diversa, la prima vada al più considerata come *particolare* in rapporto alla seconda; e, in tema di ricusazione, le regole scritte nel codice si trovano proprio in questo rapporto rispetto a quelle generali di ogni giudizio, perchè governano un determinato incidente di carattere tutto proprio: perciò le regole generali possono invocarsi solamente se manchino le particolari, o queste sieno, per qualche sostanziale diversità di specie, assolutamente inattuabili, o, al più, incompatibili; c) che in ogni ipotesi l'applicazione delle regole stabilite per la ricusazione dei giudici non si fa per virtù di *analogia*, ma per richiamo implicito o per *estensione*.

Ammessa dunque la ricusazione degli arbitri (art. 34 n. 1), come i casi, così la procedura devono essere identici che nei giudizii ordinarii, una volta che non è altrimenti in modo esplicito disposto, nè vi sia incompatibilità evidente con altre disposizioni particolari alla materia dell'arbitramento (arg. art. 392, 410, 414, 447 e 464 c. p. c.).

In conseguenza non è da accogliere nemmeno la opinione del MATTIROLO (op. e loc. cit.) dove invoca il divieto dell'estensione analogica delle disposizioni penali per dire inapplicabile alla ricusazione degli arbitri l'art. 127 del cod. di pr. civ. Questo articolo, nei termini più generali, parla di « ricusazione rigettata da una corte o da un tribunale », non è incompatibile con una decisione che concerna la

poli. Si tratta dunque dell'assunzione ad arbitro di un individuo privato in considerazione della carica che occupa.

E passando all'esame del merito, non trattasi nella specie d'incapacità: invece è il caso di parlare d' incompatibilità ad esercitare le funzioni di arbitro. E si tratta di circostanze ed accidentalità, che pur potrebbero turbare quella serenità di mente necessaria per decidere e delle quali parla l'art. 116 c. p. c., che pur valgono ad eliminare il giudizio di un arbitro. Però bisogna fare una distinzione che la scuola e la giureprudenza hanno ritenute indispensabili nella materia che ne occupa. Bisogna vedere se l' arbitro non fu nominato direttamente dalle parti e se la causa dell' incompatibilità sia sopravvenuta alla nomina.

In questi due casi l' arbitro come ogni altro giudice può esser ricusato,

Ma se invece il fatto generatore del rifiuto preesisteva alla scelta fatta allora, la ricusazione non è più permessa, perchè si tratta di dare esecuzione ad uno stipulato, che ha forza di legge pei paciscenti e che non può essere scrollato a via di suspicione e di diffidenze che non mostrano altro se non il tardivo pentimento di aver consentito un arbitrato. In questa ipotesi vi è la presunzione che lo interessato, pur conoscendo la esistenza delle cause di ricusazione , ha avuto piena fiducia nella retta ed imparziale coscienza dell' arbitro , ed ha ritenuto che niuna preoccupazione o tendenza amichevole sarebbe stata capace a deviare il suo animo dal rendere a ciascuno dei paciscenti quello che loro spetta. In siffatta scelta si contiene nè più nè meno che la rinunzia al diritto di ricusare.

Nè qui si dica che la clausola compromissoria od il compromesso che elegge l'arbitro ricusabile sarebbe nullo perchè contrario alla morale ed alla legge. Imperocchè lo art. 116 del c. p. c. permette alle parti di non eccepire il motivo di ricusa e di rinunziare a questo loro dritto fidenti nella integrità e rettitudine del giudicante.

Ora se così dispone la legge per i giudici ordinari, devesi lo stesso ritenere per gli arbitri, cioè che preesistendo il motivo di incompatibilità le parti avessero rinunziato al diritto di eccepirlo una volta che col compromesso fecero cadere la scelta dell' arbitro su di persona che potesse essere ricusata. Non si tratta dunque di cosa di pubblico interesse e contraria alla morale ed alla legge, ma di materia tutta di privato interesse che può essere obbietto di valida contrattazione.

---

ricusazione degli arbitri, nè, applicato a tali ricusazioni, va « oltre i casi e i tempi in esso espressi (art. 3 disp. prel. al cod. civ.). »

Quanto al ricorso per cassazione di sentenza *in grado* di appello sulla ricusazione e al ricorso in rivocazione (esclusa , di regola , per questo la ipotesi dell' art. 494 n. 1 , perchè non vi è parte che possa essere in dolo , salvo che fatti dolosi non sieno stati preordinati) , sono ammessibili (LESSONA , op. cit. n. 82). Per i giudizii arbitrali in ispecie bisogna però tener presenti gli articoli 30 e 31 del cod. di proc. civ. (Veggasi sulla materia in genere: GALANTE, *I mezzi comuni di impugnativa avverso le sentenze degli arbitri*, Modena 1900, estratto dall' *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*). Per tali giudizii si può eventualmente parlare anche dell' azione di nullità (art. 32 del cod. di proc. civ.) , qualora , s' intende , sulla ricusazione abbiano deciso gli arbitri.

V. Galante

Per le quali cose, pur essendo di accordo con i giudici di merito che cioè l'uffizio dell'arbitro è identico a quello del magistrato, la conseguenza che essi ne traggono è illogica ed illegale perchè eziandio pel magistrato a quelle cause di ricusazione si può rinunziare.

Dice in secondo luogo la sentenza impugnata che niuno può esser giudice della propria causa. Ma il caso attuale non era questo, perchè si trattava di cosa le cui conseguenze non avrebbero diminuito nè il patrimonio del commissario nè del generale comandante il presidio. E la stessa Impresa Romano non parlò mai di causa propria degli arbitri, disse solo che questi potevano aver interesse nella vertenza. Dunque la corte di merito gonfiò le deduzioni per trarne fallaci conseguenze.

Ma poi la legge quando parla di interesse che il giudice possa avere nella lite intende sempre accennare ad un interesse personale e diretto mai ad un interesse ipotetico che non potrebbe essere affermato se non a base di prevenzioni e di sospetti immaginarii. Cosa che neppure si verifica nella specie.

E di vero le conseguenze della lite attuale non possono che ricadere sullo Stato (ramo guerra); però non per questo ogni militare diventa interessato nello affare: il ritenerlo sarebbe un assurdo.

Invece l'essere stato eletto ad arbitro un individuo che ricopre nella milizia un importante posto, significa che si è voluto designare una persona che per l'altezza della sua posizione non è passibile di influenza di sorta ed è scevro da ogni vincolo di dipendenza; che anzi colle cognizioni tecniche che ha in quella materia potrà con maggior competenza giudicare le quistioni che divennero oggetto dell'arbitrato.

Lungi adunque ogni idea di interesse per parte del Direttore del Commissariato e del comandante del presidio. In questo affare che riguarda il casermaggio lo interessato è lo Stato, e quindi esula qualsiasi sospetto che essi potessero aver interesse nella causa.

Per queste considerazioni.—La Corte accoglie il ricorso ecc.

1 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. MASCOLO

Demanio-Lombardi

Perenzione — Spedizione di sentenza — Interruzione.

La richiesta di spedizione della sentenza è atto interruttivo della perenzione (1).

Che col secondo motivo il Ricevitore deduce, che la perenzione fu interrotta dalla spedizione delle copie della sentenza da notificarsi, avvenuta nel 14 agosto 1900 mentre la copia esecutiva gli fu rilasciata a 28 agosto 1899.

Questa censura ha tutto il suo fondamento.

(1) La cassazione di Napoli conferma la sua vecchia giurisprudenza (vedi, tra le più antiche, le sentenze 21 febbraio 1881, *Filangieri*, 1882, 2, 115 e 4 maggio 1886, *La legge*, 1886, 2, 705, e tra le più recenti, le sentenze 1 maggio 1900, *Foro ital.* 1900, 1224 e 30 dic. 1901, *Dir. e giur.* XVIII, 695). Ma non è vero affatto, come pretende il relatore, che gli scrittori e i giudici l'abbiano concordemente accettata. Contrarii sono il MATTIROLO, *Trattato*, III, ediz. 4.ª, n. 1060; il MORTARA, *Man*.

Di vero il resistente non nega la esistenza di tali atti, ma dice che essi sono inefficaci ad interrompere la perenzione, sostenendo che solo gli atti di procedura notificati alla controparte la possono interrompere.

Ma codesta teorica non è affatto corretta, poichè la perenzione, avendo a scopo di non eternare i giudizii: *ne lites immortales fiant*, ogni atto attinente al giudizio, anche non notificato alla controparte, deve affermarsi valevole ad interrompere la perenzione, purchè mostri la volontà di spingere innanzi, e non abbandonare la procedura.

E perciò la scuola e la giureprudenza hanno concordemente ritenuto essere atti interruttivi della perenzione la iscrizione della causa a ruolo, la spedizione di un verbale di perizia, di prova testimoniale o di altra istruzione e di conseguenza anche la spedizione delle copie della sentenza da intimarsi, atti tutti che rivelano un identico pensiero di volere cioè continuare il giudizio.

Arrogi inoltre che gli art. 338 e segg. c. di p. c. che regolano lo istituto della perenzione non escludono tali atti, nè prescrivono che siano portati a cognizione delle parti avverse nel momento che si compiono, e non è consentito al Magistrato nel silenzio della legge di ritenerli inefficaci.

Che essendo evidente la violazione dei citati articoli di legge, deve accogliersi questo 2.° motivo del ricorso.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

II, ediz. 3ª, n. 679; il Cuzzeri, *Comment.* ediz, 2ª, sull' art. 338; il Gargiulo, *Comm.* n. 846; la cassaz. di Torino, 29 dicembre 1885, *Giurisprud.* 1885, 128; la cassaz. di Roma, 13 marzo 1902, *Foro ital.* 1902, 819; la corte di app. di Catania, 23 aprile e 4 settembre 1889, *Foro ital.* Rep. 1889 v. *Perenzione* n. 40 e 42; la corte di appello di Venezia, 17 febbraio 1899, *Foro ital.* Rep. 1899 v. suddetta n. 33; il tribunale di Catanzaro, 1 giugno 1901, *Giur. ital.* 1901, 686. Ed erroneamente si paragona la spedizione di copia di sentenza alla iscrizione della causa a ruolo, che davvero in modo concorde la dottrina e la giurisprudenza ritengono atto interruttivo della perenzione (Mattirolo op. e loc. cit. n. 1063). Ed è infatti vero atto di procedura, mentre la spedizione della copia di una sentenza, di una ordinanza, di un verbale, *prepara* soltanto un atto di procedura, ma non lo *eseguisce* (Mortara, op. e loc. cit.).

Secondo il migliore insegnamento, perchè si abbia un atto di procedura efficace ad interrompere la perenzione, occorre che l' atto emani nel corso del giudizio da una delle parti, sia reso noto all' altra, abbia per iscopo di far progredire l'istruzione della causa e sia compiuto in condizioni processuali che lo rendono idoneo a far progredire tale istruzione. A questa stregua, mentre sono atti di procedura la notifica delle sentenze interlocutorie, il deposito degli atti e documenti in cancelleria, l' iscrizione della causa a ruolo, e primo atto di procedura interruttivo della perenzione, dopo verificatosi uno dei casi di interruzione di istanza, sarebbe quello della riassunzione; non sono invece atti di procedura la pronunzia di sentenza interlocutoria, il ritiro o la restituzione dei documenti avversari in cancelleria, il ricorso per ottenere il gratuito patrocinio ed il decreto relativo (Vedi Mortara op. e loc. cit. e Lessona, *Manuale*, n. 128, pag. 249).

Conformemente alla cassazione napoletana, oltre le sentenze indicate, vedi: cass. Palermo, 31 dic. 1900, *Mon. Trib. Mil.* 1901, 844; app. Trani, 20 giugno 1893, *Foro ital.* 1893 v. *Perenzione*, n. 30; Trib. Palermo 10 marzo 1900, *Foro ital.* Rep. 1900 v. *Perenzione* n. 26.

V. Galante

19 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. BIANCO
Gigli — Arnò ed altri

Fallimento — Cessazione dei pagamenti — Criterii per determinarla. Art. 687, 705 Cod. di comm.

Ipoteca accesa sui beni del fallito — Prova testimoniale della nullità per frode richiesta in primo grado — Domanda in appello di prova per testimoni della nullità del titolo del credito garentito dall' ipoteca — Domanda nuova. Art. 709 n. 1 e 2; n. 3 cod. di comm. 490 pr. civ.

Ipoteca anteriore alla dichiarazione del fallimento e posteriore alla cessazione dei pagamenti — Titolo riconosciuto valido — Quale sia. Art. 710 cod. di comm.

La cessazione dei pagamenti è determinata da un complesso di circostanze da valutarsi dal magistrato, non già con criterii prestabiliti ed uniformi: costituisce pertanto apprezzamento di fatto incensurabile lo stabilirne la data (1).

La domanda di prova testimoniale proposta in appello per dimostrare la nullità del titolo in virtù del quale si accese ipoteca, mentre in primo grado erasi attaccata di nullità l' ipoteca in sè, costituisce domanda nuova (2).

Anche le ipoteche giudiziali son colpite dalla presunzione di frode stabilita

---

(1) La massima è esatta in genere. Bisogna però avvertire che, se la constatazione dei mancati pagamenti è una *quaestio facti,* errerebbe in diritto la sentenza che, per fissare l' epoca del fallimento, esigesse l' eccedenza del passivo, il dissesto economico duraturo e non semplicemente momentaneo, o altre simili circostanze che la legge non richiede. Solo in un caso il rifiuto dei pagamenti non è indice di fallimento, ed è il caso testualmente preveduto dall'art. 705 Cod. Comm. quando cioè i pagamenti siano stati ricusati *per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate.* Ma fuori di questo motivo, nessun altro il giudice può prendere in considerazione per negare al mancato pagamento l' efficacia di far fallire il debitore. E pare che su di ciò il ricorrente richiamasse l' esame del Collegio Supremo, il quale non sembra che abbia convenientemente esaurito la controversia col periodo: « In codesta lunga disamina di tutti gli elementi processuali che nel suo insieme dev' essere riguardato *e nella quale non è mancata una parola sulla ragionevolezza del rifiuto di alcuni pagamenti* la sentenza ha espresso un insindacabile convincimento di fatto, avente a presupposto il ricordo esatto degli articoli 683 e 705 Cod. Comm. » — Non neghiamo che talvolta anche una parola possa bastare, ma bisogna andar cauti nel supposto quando il vero punto della controversia è appena sfiorato e tutto il ragionamento si svolge intorno a circostanze inutili o non pertinenti. Ora l' essenziale qui era di vedere se la giustificazione della buona fede abbracciasse tutt' i pagamenti rifiutati, o alcuni soltanto, bastando i rimanenti a determinare lo stato di cessazione.

(2) La Corte ritiene che costituisca domanda nuova inammissibile in appello, l' impugnativa diretta non più contro l' ipoteca in base all' art. 709 n. 4 come si era fatto in prima istanza, ma contro il titolo di credito in virtù del quale sorgeva l' ipoteca, a norma dei numeri 1 e 2 art. cit. Or ciò potrebbe essere esatto solo nel caso che l' impugnativa proposta in appello si estenda ad un rapporto diverso e più ampio, attaccandosi p. es. la stessa costituzione del mutuo; non già

dall' art. 709 Cod. Comm.; ma può sempre provarsi la buona fede del creditore per respingere l' attacco di nullità, non bastando a farlo accogliere l' alterazione obbiettiva dello stato di eguaglianza (1).

Ha considerato che il 1° e 2° mezzo del ricorso, che vanno insieme discussi, comechè l'uno si palesi completamento dell' altro, sono assolutamente ingiustificati, e tali, quindi, da non poter scuotere la sentenza denunziata.

Una nozione di diritto, per fermo venuta a noi dai vecchi giuristi, ed accolta nella nostra odierna legislazione commerciale, che *ad probandam decoctionem non est, in iure, certa regula determinata*, dal ricorrente invocata, è da lui stesso poi negata nelle applicazioni, che al ricorso ne vien facendo.

In tema di data di cessazione di pagamenti, il legislatore non ha segnati criterii fissi e determinati, ed ha tutto rimesso alla valutazione che il magistrato dovrà fare nei casi singoli degli elementi che al suo esame saranno offerti.

Lo stato di cessazione dei pagamenti non può non essere, che il risultato della complessa indagine di tutti gli elementi, dai quali emerga la condizione di generale inadempimento del commerciante, ed il profondo dissesto alla sua azienda. Il che implica la conseguenza che codesta cessazione dei pagamenti non può limitarsi alla pura e semplice constatazione della esistenza o meno di uno o più protesti, perciocchè il fatto materiale di non pagare può talvolta non costituire prova di cessazione dei pagamenti, come lo stesso fatto materiale di pagamenti eseguiti, con mezzi rovinosamente e fraudolentemente procurati, non è di ostacolo alla dichiarazione di fallimento.

Con questa netta dizione, che è quella dell'art. 705 c. com. volle il legislatore precisare il concetto, che la cessazione dei pagamenti di un commerciante non si adatti a nessuna regola prestabilita, ma sgorghi dall'esame minuto e diligente di tutta la sua azienda commerciale, e sia l'indice sicuro e palese del dissesto economico, di che fosse travagliata.

E che questo sia stato il concetto organico del sistema del nostro codice appare dalla relazione fatta dal ministro proponente il progetto di legge sul Cod. di Comm. alla Camera dei deputati. In questo documento è scritto « che « la cessazione dei pagamenti abbia un carattere di generalità e costituisca

---

se si limiti sempre all' ipoteca. Quando l' obbietto della domanda e la finalità sua resta immutata, non può parlarsi di domanda nuova, ma di nuova ragione o mezzo di attacco o difesa.

Nella specie non pare che la prova chiesta in appello mirasse a fare annullare il mutuo, ma tendeva a dimostrarne le condizioni onerose allo scopo di escludere la buona fede che il mutuante accampava per salvare l' ipoteca. Per lo meno la sentenza annotata pecca di soverchio laconismo in quanto non ha spiegato chiaramente quale fosse la vera *ratio decidendi*.

(1) Sottoscriviamo pienamente alla massima accolta dal Supremo Collegio, in conformità della più sana dottrina e giurisprudenza, che ha bandito il concetto della cosiddetta frode obbiettiva in materia d' ipoteche giudiziali prese dopo la cessazione dei pagamenti. (Cf. Bonelli, Il sistema revocatorio nel dir. fallimentare; nella Rivista Ital. per le Scienze Giuridiche anno 1895, e *Nota* nel Foro Ital. 1896 I p. 551).

L. Coviello

« l' estremo indizio, e la manifestazione del disordine e dell' impotenza del « commerciante ad adempiere le obbligazioni del suo commercio. Laonde la « cessazione dei pagamenti devesi riguardare come un fatto complesso, sot- « toposto all' indagine, ed all' apprezzamento incensurabile del magistrato. »

Obbedendo al pensiero del legislatore, la giurisprudenza e la dottrina hanno bandito quelle sottili disquisizioni le quali richiedevano un certo numero di protesti, perchè lo stato di cessazione dei pagamenti fosse constatato, o escludevano addirittura che si potesse dichiarare il fallimento sulla istanza di un solo creditore insoddisfatto.

Ed han proclamato ciò che, d'altronde, erompe dalla natura stessa delle cose, di doversi, cioè, esaminare ogni singolo caso per trarne la conseguenza dell'essersi avverato, o meno lo stato di cessazione dei pagamenti, come fatto di generale inadempimento degli impegni commerciali.

A questi concetti si ispirò la sentenza della Corte, perocchè ritenne che il Gigli, prima del 16 marzo 1885, non versasse in istato di cessazione dei pagamenti, che dalla prova orale e dai documenti risultasse che, prima di quella data, la posizione economica di lui non era in tali condizioni da ridurlo nella impossibilità di fare onore ai suoi impegni.

E segue la Corte la dimostrazione di codesto suo assunto osservando che l'attivo del Gigli, superasse di molto il passivo, godesse di piena fiducia e credito in commercio, sì da conchiudere che i protesti per mancato pagamento fossero stati causati da momentaneo incaglio del suo movimento commerciale presto superati, e non fossero stati punto rovinosi i mezzi coi quali egli si era procacciato i capitali per sorreggere la sua posizione commerciale.

In codesta lunga disamina di tutti gli elementi processuali, che nel suo insieme deve essere riguardata, e nella quale non è mancata una parola sulla ragionevolezza del rifiuto di alcuni pagamenti, la sentenza ha espresso un insindacabile convincimento di fatto, avente a presupposto il ricordo esatto degli art. 683 e 705 cod. comm. Le deduzioni quindi del curatore ricorrente il quale riguarda a proposizioni staccate il complesso concetto della sentenza, accennante all' oblio dell' art. 705, ed al ripristinamento di una vieta distinzione tra sospensione e cessazione di pagamenti, sono assolutamente fuor di luogo.

Che il 3° mezzo non può non essere anche esso respinto.

La Corte di merito, muovendo dal punto che aveva essa deciso, dalla data cioè della cessazione dei pagamenti, tenuta ferma al dì 16 marzo 1895, viene ad affermare quel che ne appariva giuridica illazione, la niuna efficacia val dire dell'attacco di nullità in forza del n. 4 dell'art. 709 cod. com. alle ipoteche dei creditori Arnò, Dalemmo, Dimitri e Massari, le quali, costituite anteriormente a quel giorno, erano, per legge immuni da ogni sospetto di frode. E pervenne a questa sua affermazione poi che ebbe discusse e non attese, come è stato più su osservato, nel determinare la data della cessazione dei pagamenti, le deduzioni del curatere del fallimento, sui mezzi disastrosi posti in opera dal fallito per procacciarsi il denaro per la sua azienda commerciale. A giusta ragione, quindi, la Corte escluse la domanda di prova per testimoni, genericamente e senza espressa specificazione della finalità sua, fatta dal curatore in appello, delle assai onerose condizioni, alle quali il Gigli avrebbe

contratti i mutui con l'Arnò, il Dalemmo e la Massari, ritenendola diretta a confortare un'attacco di nullità, non contro l'ipoteca, in base all'art. 709 n. 4, come era stata in prime cure proposto, ma contro il titolo di credito di costoro in virtù di altra sanzione legislativa e proprio del n. 1 e 2 dello articolo stesso, il che evidentemente implicava una novella azione, una domanda nuova inammessibile in appello.

Che il 4° motivo contiene vane impugnative contro la ritenuta validità della ipoteca giudiziale della Banca d'Italia, epperò deve essere del pari rigettato.

Il ricorrente stesso riconosce che la sentenza denunziata, nel discutere la validità o meno della ipoteca giudiziale della Banca d' Italia, pubblicata in base alle sentenze ottenute nel 28 ottobre e 20 novembre 1895, posteriormente cioè alla data della cessazione dei pagamenti, in essa ritenuta, e pria della sentenza dichiarativa di fallimento, abbia bene accolta la teorica precisa e limpida, proclamata con costante giurisprudenza da questo Supremo Collegio, d'essere esse, cioè, colpite dalla presunzione di frode contenuta nel n. 4 dell'art. 709 cod. comm. Senonchè dice che nelle sue conseguenze la fraintende, e l'avrebbe malamente applicata.

Eppure è in questa conclusione l'equivoco del ricorrente. Perocchè la sentenza stessa, posto quel concetto generale dell' art. 709, che stabilisce una presunzione di frode contro le ipoteche, quali che siano, prese dopo la cessazione dei pagamenti, da poter esser rimossa con la prova contraria, passa ad esaminare ponendoli a raffronto, il successivo art. 710, che esclude dalla presunzione di frode degli articoli precedenti, le iscrizioni ipotecarie purchè anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, prese in virtù di un titolo riconosciuto valido.

Ed addentrandosi sullo esame di quello che va inteso sotto questa frase dal codice, riesce nella conclusione in nome del principio della uguaglianza di tutti i creditori, che il titolo riconosciuto valido dall' art. 710 sia quello contro del quale, non vi ha impugnativa veruna delle parti, ma non sia neppure dalla legge sospettata di frode.

La qual cosa si avvera allorquando il titolo provenga da epoca anteriore alla cessazione dei pagamenti, avvegnacchè in tal caso, non è ammessibile la frode prevista dal n. 4 dell'art. 709 cod. comm. Applicando poi la sentenza stessa codesti principii alla specie sottoposta al suo esame, vien rilevando un cumulo di elementi processuali, dai quali essa è tratta ad affermare la più completa dimostrazione della buona fede della Banca d' Italia, ed a bandire assolutamente ogni sospetto di frode, peculiarmente quando questa, ignara della qualità, di commerciante del Gigli, sempre taciuta, e sicura della solvibilità del suo debitore, fecesi a chiedere ed ottenere le sentenze di condanna del debitore, nascenti, peraltro, da titoli cambiarii, riconosciuti ed inoppugnabili. In tutto questo lavorio di ermeneutica legale, e di analisi degli elementi processuali la sentenza della Corte ha ubbidito alle sanzioni di legge ed alle conclusioni costanti della giurisprudenza di questo Supremo Collegio, ponendo esatti concetti giuridici a fondamento del suo insindacabile convincimento di fatto. Le argomentazioni quindi del ricorrente intorno al determinare il concetto della presunta frode dell' art. 709 censurando la sen-

tenza di aver applicato gli elementi della pauliana, mentre che, nella ipotesi di quest' articolo, basta solo che si sia violata la legge di uguaglianza tra i creditori, sono del tutto fuori di luogo. Perocchè con la presunzione legale di questo articolo, non si è venuta ad osservare la legge determinatrice delle condizioni di annullamento degli atti, di fronte al terzo contraente. È essa una presunzione *juris tantum*, che ha la portata di far considerare come provati in giudizio dal curatore quegli estremi di fatto voluti dalla legge, per l'annullamento dell' atto, salvo sempre al terzo di escludere, con altri mezzi di prova l'esistenza di quegli estremi di legge.

E dal ritenere che la frode, da questo articolo presunta, sia proprio nella sola infrazione della legge di uguaglianza, imposta nel comune interesse dei creditori, non segue che siasi derogato, come è detto, alle altre condizioni generali di revoca degli atti, per avventura fraudolenti, costituendo la pubblicazione della ipoteca una alterazione di questa legge, salvo l'esame del se, *jure iniuria*, conseguirla.

Per questi motivi — La Corte rigetta il ricorso.

5 settembre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Masucci (concl. conf.) — Est. Calabria
Ciccarelli - Pontillo

Espropriazione — Prezzo di aggiudicazione — Deposito — Iscrizione a favore della massa obbligatoria per il cancelliere. Art. 2089 cod. civ.; 710 cod. p. c.

Anche quando lo aggiudicatario abbia fatto il deposito del prezzo di aggiudicazione dello immobile espropriato nelle pubbliche casse, il Cancelliere è tenuto ad iscrivere l'ipoteca a favore della massa dei creditori e dei debitori (1).

Atteso che non pare dubbia a questo Supremo Collegio la risoluzione negativa della proposta quistione.

A prima vista, quando cioè la mente giuridica ricorre alla notoria ed ordinaria finalità, che è quella di assicurare, mediante l'iscrizione legale a pro

---

(1) Parmi che non si possa disconvenire circa l'esattezza del principio affermato nella surriferita sentenza, la cui motivazione, soltanto, e più nella forma che nella sostanza, lascia alquanto a desiderare. Si trattava di decidere, se l'obbligo imposto dall'articolo 2089 del nostro cod. civ. al Cancelliere del Tribunale, di fare iscrivere a spese del compratore ed entro il termine stabilito, l' ipoteca legale a favore della massa de' creditori e del debitore, cessi pel fatto che l'aggiudicatario abbia eseguito nelle pubbliche casse il deposito del prezzo, ad assicurare il quale sembrerebbe mirare, appunto ed esclusivamente, al pari di ogni altro, anche l'ipoteca legale a favore della massa e del debitore ne' giudizii di espropria. Or questa, che non è evidentemente una quistione e di cui, forse appunto perciò, non mi è riuscito di trovar precedenti, prima che sia posta appare di già risoluta, sol che si richiami alla memoria la successiva esplicita disposizione dell'art. 2003, la quale assegna un'altra precipua, ed anzi prevalente, funzione alla pubblicità obbligatoria dell'ipoteca legale in pro' dell'alienante, quella, cioè, di fissare il momento in cui possa dirsi cessato negli altri creditori iscritti l'obbligo della rinno-

della massa dei creditori, il pagamento del prezzo, sembra che non abbia ragione di essere una formalità destinata a conseguire uno scopo legale, già raggiunto, mediante il deposito del prezzo nelle pubbliche casse. Ma quando poi si viene a considerare che la legge con la disposizione dell'art. 2089 c. c.,

---

vazione delle loro rispettive iscrizioni per avere queste già ottenuto il loro effetto. E questo, in sostanza, si è lungamente indugiato ad avvertire la Corte regolatrice.

Se non che, da parte una maggior concisione ed una più desiderabile chiarezza di ragionamento, il Supremo Collegio premette un'avvertenza come a dire esegetica. nella quale, lungi dal soffermarsi, come pure era da attendersi, ad assegnar brevemente la funzione e la finalità dell'iscrizione obbligatoria secondo il sistema della nostra legge, questa e quella confondendo con la finalità e la funzione dell'ipoteca legale, si è limitata ad osservare, che « a prima vista, quando cioè la *mente giuridica* (sic) ricorre alla notoria ed ordinaria finalità (!), che è quella di assicurare, mediante l'iscrizione legale a pro' della massa dei creditori, il pagamento del prezzo, sembra che non abbia ragione di essere una formalità destinata a conseguire uno scopo legale (sic) già raggiunto, mediante il deposito del prezzo nelle pubbliche casse. »

Prescindendo da ogni altro rilievo, non è chi non veda, quanto male qui si argomenti dalla finalità dell'ipoteca legale all'obbligo di prendere la relativa iscrizione, incombente ad alcune determinate persone diverse dal creditore. L'ipoteca legale, si sa, è una garentia reale, *dalla legge concessa a cautela di certi crediti di taluni creditori*, la quale ritiene quindi un po' della natura del privilegio, sotto la cui forma talora operava nel diritto anteriore. L'obbligo della iscrizione, invece, incombente come sopra si è detto ad alcune determinate persone diverse dal creditore, ed anche a certi pubblici ufficiali, attiene alla pubblicità dell'ipoteca; e se può dirsi che, in sostanza, tenda, d'ordinario, a raggiungere lo stesso scopo della ipoteca, perchè ogni mezzo partecipa del fine cui è preordinato, è perfino superfluo ricordare, che esso è rivolto, essenzialmente, alla tutela del diritto de'terzi ed è ne' singoli casi precipuamente imposto ad altri nel nome e in vece del creditore, quando questi è un incapace od altrimenti versi nella materiale e giuridica impossibilità di curare ed eseguire le formalità relative.

Da ciò consegue, che, per giudicare della frustraneità di questa, bisogna caso per caso aver riguardo a' peculiari fini ai quali intende il relativo obbligo. Ora nel caso dell'ipoteca legale spettante alla moglie, a' minori ed agl'interdetti, ai sensi degli articoli 1982 e 1983, come pure in quello dell'ipoteca legale a favore dei creditori di un fallito (art. 748 cod. comm.), l'obbligo imposto al marito, al notaio, al tutore, al protutore, al cancelliere e al curatore del fallimento non mira se non a rendere praticamente efficace quella garentia che altrimenti, per l'incapacità degli interessati, resterebbe lettera morta, dato il sistema seguito dalla legge nostra di aver mantenuto anche per le ipoteche legali il principio della pubblicità; e l'adempimento di un tale obbligo non può avere e non ha equipollenti di sorta, onde, in mancanza, s'incorre senza meno e sempre la responsabilità pei danni derivante da' principii generali ed espressamente richiamata dall'articolo 1984. In quella vece, nel caso in esame e nell'altro analogo di cui all'articolo 2042, come anche in parte nel caso dell'iscrizione d'ufficio propriamente detta, che deve accendersi dal conservatore a mente dell'articolo 1985, oltre lo scopo, diremo così, funzionale della stessa garentia ipotecaria, vi hanno scopi sussidiarii e complementari da asseguirsi nell'interesse di altre persone estranee al rapporto cautelare e che si impongono in un perfetto ordinamento giuridico della pubblicità dei dominii e delle garentie reali. Così, a seconda della prevalenza di questi scopi sus-

cui corrisponde per l' esecuzione procedurale l' art. 710 c. p. c., non si limita a regolare soltanto i rapporti tra l' aggiudicatario da una parte e la massa dei creditori ed il debitore dall' altra, ma anche quelli dei creditori fra loro per determinare, fra l' altro, il momento giuridico in cui cessar debba l' obbligo della rinnovazione delle iscrizioni dei singoli creditori ipotecarii, si fa allora manifesto, che l'iscrizione legale di cui si disputa ha una doppia finalità, e che per ciò non può essere trasandata solo perchè il prezzo sia stato depositato. Questo è senza dubbio il senso dell' art. 2089 sopra citato, in quanto dispone che seguìta la vendita all' incanto, il cancelliere del Tribunale è tenuto entro 10 giorni di fare iscrivere a spese del compratore l' ipoteca legale sopra i beni venduti, a favore della massa dei creditori e del debitore sotto pena di una multa estensibile a L. 1000 e del risarcimento dei danni.

Non giova obbiettare che l' aggiudicatario, il quale si trovi di aver depositato il prezzo, non possa esser tenuto ad una formalità che interessa i soli creditori; perciocchè, primamente la legge considera come caso più frequente ed ordinario quello che il prezzo rimanga nelle mani dell'aggiudicatario col peso degli interessi, ed è perciò che provvede al *quod plerunque accidit*;

---

sidiarii, la legge stessa riconosce espressamente, come nell' articolo 1985, ovvero implicitamente esclude — come, pel caso in esame e per quello analogo in tema di purgazione, chiaramente si evince dall' art. 2003 — un qualche surrogato del corrispondente tassativo obbligo.

E la ragione n'è chiara, ove per poco si riguardi all'istituto della rinnovazione delle iscrizioni, che mira ad impedire quel particolare modo di estinzione delle ipoteche, che è la prescrizione disciplinata dall'articolo 2030, e per poco si ricordino le vive dispute che, in mancanza di una analoga tassativa disposizione, si agitavano sotto l' impero del dritto anteriore, per decidere: « se con la sola apertura del giudizio di espropriazione fosse già definitivamente fissata la sorte delle iscrizioni, perciò non più bisognevoli di rinnovazione, oppure occorresse aspettare il momento della effettiva graduazione de' diversi creditori o anche quello del passaggio in cosa giudicata della sentenza di graduazione; e così, nel caso del giudizio di purga se la sorte delle iscrizioni fosse fissata dal momento delle notificazioni fatte a' creditori del terzo possessore, o soltanto dalla scadenza del termine di 40 giorni dalle dette notificazioni, entro il qual termine i creditori potessero promuovere l'incanto, o anche dal solo momento in cui, dopo promosso l'incanto, abbia effettivamente avuto luogo la vendita, art. 2040 e seg. » (Melucci, *Il sistema ipotecario nel diritto civil. ital.*, Torino, 1893 pag. 129).

Posto, quindi, questo ulteriore scopo dell'iscrizione obbligatoria di cui ci occupiamo, riesce del tutto ultroneo ogni altro argomento desunto dall' articolo 2029 n.° 4 circa quell' altro mezzo speciale di estinzione delle ipoteche che è il pagamento — e vuol dire l'effettiva distribuzione — dell'intero prezzo ne' modi stabiliti dalla legge ne' giudizii di graduazione, su cui pure la Corte ha creduto di soffermarsi; essendo risaputo che, come bene osserva la Corte, non basti la utile collocazione e nemmeno il pagamento delle rispettive note a ciascun creditore utilmente collocato, per ottenere l' ordine di radiazione delle iscrizioni, ma è necessario sieno adempiute le condizioni ed osservata la procedura stabilita dagli art. 716 e 719 cod. proc. civ.

T. Claps

e subordinatamente resterebbe pur sempre nell' art. 1069 una disposizione procedurale, che, senza fare distinzione alcuna di prezzo ritenuto e prezzo depositato, ordina l'iscrizione legale incondizionatamente. Nè poteva altrimenti intervenire quando il legislatore, non ignorando al certo che il prezzo si può depositare per ordine del magistrato o per patto incluso nelle condizioni di vendita, aveva già disposto nel precedente art. 2003 (Sez. 1ª. Della ipoteca legale) che l'obbligo della rinnovazione, per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni, cessa, nel caso di purgazione, coll' iscrizione dell'ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione, a norma dell'art. 2042, e nel caso di spropriazione forzata, coll'iscrizione dell' ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto, contro il compratore pel pagamento del prezzo a norma dello articolo 2089 c. c.

A conferma e suggello di siffatti rilievi viene l'art. 1985 n. 1. C. C.; dacchè nel caso di semplice alienazione contrattuale, appunto perchè unico è lo scopo dell'ipoteca legale, quello di assicurare il prezzo, non ha luogo l' ipoteca stessa, qualora con atto pubblico o scrittura privata autenticata, sia dimostrato l'adempimento degli obblighi dall' aggiudicatario assunti.

Laonde se la legge ha distinto le due ipotesi della semplice vendita contrattuale, e di quella per purgazione dalle ipoteche per espropriazione, e soltanto per la prima dispensa dall'ipoteca legale sotto le condizioni ivi espresse, sarebbe arbitraria ed irragionevole l'estensione che di quella disposizione si facesse all'altra ipotesi. E da ultimo non incontra sorte migliore l'argomento massimo della ricorrente, che, depositato il prezzo, cessa il debito, ed è quindi legalmente impossibile che sussista l'accessorio dell'ipoteca senza la cosa principale che è il debito.

Basterebbe replicare in contrario quello che innanzi è stato rilevato; cioè che la legge ha voluto col mezzo dell'iscrizione legale a cura del cancelliere del tribunale provvedere non solo all'assicurazione del prezzo, ma anche a fissare, nei rapporti dei creditori fra loro, il momento in cui cessa per essi l'obbligo di rinnovare le loro iscrizioni, e che in conseguenza l'ipoteca legale devesi iscrivere almeno per quest' ultimo importante scopo.

Ma pur seguendo il ricorrente nell' esame del contenuto della sua obbiezione, è facile rimuoverla, osservando che il deposito del prezzo non equivale ad estinzione del debito nel rapporto dei creditori, e che, inoltre, l'aggiudicatario il quale abbia, non pure depositato il prezzo nelle pubbliche casse per liberarsi dal pagamento degl'interessi, ma soddisfatte direttamente le note di collocazione, non può ottenere l'ordine di cancellazione delle ipoteche, se non adempiendo le condizioni ed uniformandosi alla procedura degli art. 716 e 719 c. di p. c. Dalle quali è chiarissimo, che se l'ipoteca legale non fosse iscritta, resterebbero sempre le singole iscrizioni dei creditori, senza avverarsi punto quello che la ricorrente crede un assurdo, cioè, che non ostante il deposito dell' intero prezzo, sussistono ancora le affezioni ipotecarie sul fondo subastato nell' intervallo tra cotesto deposito e l' ordine di cancellazione.

Le ragioni delle quali la ricorrente Marchesa si fa scudo potrebbero avere il loro valore per sostenere, che nel caso di deposito le spese dell'iscrizione legale dovessero ricadere sulla massa a dividersi perchè fatte nell' interesse esclusivo dei creditori concorrenti in graduazione e del debitore: ma cotesta

disputa non si è mossa nel presente giudizio, e però non accade di spendere su di essa altre parole.

Per le quali cose, non violate, come dicesi col ricorso, ma bene intese e bene applicate furono dalla giurisdizione di merito in questa causa le disposizioni invocate degli art. 1985, 2003, 2012 e 2089 c. c. 710, 719, 720, 722 proc. civ.

Atteso che il rigetto del ricorso, trae seco la perdita del deposito per multa, e la condanna nelle spese del giudizio in Cassazione.

Per queste ragioni. La Corte rigetta ecc.

28 luglio 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. PETRUCCELLI
Tripepi - Patamia

Perenzione — Proponibilità dell'appello avverso sentenza pronunziata in giudizio perento.

***Non diventa improponibile l'appello per la perenzione del giudizio in cui la sentenza fu pronunziata* (1).**

(*Omissis*) Ha osservato: Che non può revocarsi in dubbio che in pendenza dello appello, ovvero quando possa sperimentarsi tal gravame, non sia il caso di parlarsi di perenzione del giudizio di prima istanza.

Imperocchè se ciascuna delle parti ha il diritto al doppio grado di giuri-

---

(1) La decisione è giusta, ma erroneamente motivata. Che la perenzione del giudizio di prima istanza non abbia che vedere con la proponibilità dell'appello avverso una sentenza pronunziata in detto giudizio, mi sembra un concetto troppo elementare per aver bisogno di essere dimostrato. In ogni modo, per chi non lo vedesse così chiaro, è certo che si desume dall' art. 341 del codice di procedura civile, secondo il quale la perenzione non estingue *l'azione* nè *gli effetti delle sentenze pronunziate*, ma rende nulla *la procedura*, e dagli art. 466 e 467 del detto codice. secondo i quali i termini per impugnare una sentenza sono perentorii e decorrono dalla *notificazione* di questa.

Quindi, se la parte che ha interesse non sia sollecita a notificare una sentenza, la perenzione del giudizio di primo grado correrà certamente, e il punto di partenza sarà anche anteriore alla pubblicazione della sentenza medesima, che non è *atto di procedura,* ai sensi e per lo effetto dell'art. 338 del codice; ma invece non decorre il termine per appellare, e la decadenza dal diritto, che spetta alla parte per farlo, non si verificherà, secondo la opinione prevalente, che con la prescrizione. Vuol dire che, in seguito all'appello, o la sentenza di primo grado è *riformata*, e, se la causa non torni al giudice di primo grado per il corso ulteriore (art. 492 cod. proc. civ.), nessun ostacolo sorge dalla perenzione del giudizio in cui la detta sentenza fu pronunziata, o pure viene *confermata* (o torna, in seguito alla riforma, al giudice di primo grado: art. 492 cod. proc. civ.) e la perenzione non le nuoce, perchè la legge fa salvi *gli effetti delle sentenze pronunziate,* e rende solo nulla *la procedura*. Vuol dire che tali effetti varranno nel *nuovo giudizio*, che venga istituito in seguito al primo perento (MATTIROLO, *Trattato,* III, ediz. 4ª n. 1139).

S' intende poi che tutto ciò vale soltanto allorchè si tratti di sentenze che non sieno *definitive del merito o del giudizio,* nè semplicemente *ordinatoriae litis*; perchè le prime esauriscono l'istanza e sfuggono a qualsiasi perenzione, e le altre riman-

sdizione; se all'uopo la legge prefigge un termine che decorre dalla notificazione della sentenza del magistrato di primo grado, o dalla pubblicazione della sentenza, secondochè trattasi di sentenza di Tribunale o di Pretore, cioè quando la sentenza di costui si pubblichi personalmente presenti le parti, come emerge dagli art. 437 e 467 del codice di procedura civile, il corso della perenzione del giudizio di prima istanza rimane sospeso.

E nella fattispecie, la sentenza del pretore di Melito del 30 novembre - 6 dicembre 1899, non venne pubblicata, personalmente presenti le parti, e bisognava notificarla per far decorrere il termine dell'appello.

Non essendosi ciò adempiuto, il Patamia comunque da lungo tempo si fosse pubblicata la sentenza del pretore, poteva gravarsene senza tema di peren-

---

gono distrutte dall' annullamento dell' intero procedimento cagionato dalla perenzione (MATTIROLO, III, ediz. 4ª, n. 1136 e 1137).

Le cose dette hanno una ripruova nel fatto che anche nei giudizii di appello la perenzione non ha che vedere con la proponibilità di un ulteriore gravame, che si potesse eventualmente sperimentare, in tutti i casi nei quali la perenzione dei medesimi non faccia passare in giudicato la sentenza del primo giudice (art. 341 capov. c. p. c.), perchè dal secondo sia stata pronunziata una di quelle sentenze che modificano gli effetti della sentenza del primo (MATTIROLO, III, ediz. 4ª n. 1147 e 1148). Quali sieno tali sentenze vedi in MATTIROLO, loc. cit. num. 1149 e segg. e MORTARA, *Manuale*, II, n. 681 e segg.

La suprema corte napoletana per dimostrare che la perenzione del giudizio di primo grado non rende improponibile l'appello, dice invece che, pendente il termine per l'appello « il corso della perenzione del giudizio di prima istanza *rimane sospeso,* » e che, trattandosi di sentenza di pretore non pubblicata « personalmente presenti le parti, » fino a quando non sia notificata, la parte interessata può « gravarsene senza tema di perenzione del giudizio di prima istanza, pendente il diritto all' appello, e fino all'esito del medesimo, ove si fosse proposto ». E ciò è erroneo. Tra i casi di sospensione della perenzione io non ho mai letto che vi sia quello del termine ad appellare; come non ho mai letto che tra i casi di decadenza dal diritto di gravarsi di una sentenza vi sia quello della perenzione del giudizio in cui la sentenza fu pronunziata.

Qualche altra volta la giurisprudenza è incorsa nello stesso equivoco, decidendo che la perenzione è *sospesa* quando la prosecuzione del giudizio di primo grado è resa impossibile dalla pendenza del giudizio di appello istituito contro una sentenza interlocutoria emanata nella causa di prima istanza (cassaz. Torino, 18 aprile 1883, *Giurisprudenza,* 1883, 433 e 24 marzo 1891, ivi, 1891 479). Nella specie si sarebbe dovuto avvertire che la perenzione non è *sospesa,* bensì *legalmente impedita.* Ma la corte di cassazione di Napoli ha creduto di poter fare un passo più oltre, parlando di *sospensione* della perenzione pendente il termine ad appellare e fino a che questo non ancora cominci legalmente a decorrere; mentre in detti casi la perenzione nonchè sospesa, non può dirsi neppure *impedita,* perchè invece decorre.

Si noti che nella specie il giudice di merito ed il ricorrente avevano posto la disputa sopra un campo ben diverso, avevano cioè discusso ancora la vecchia questione se la domanda pel gratuito patrocinio, al fine d' interporre appello, costituisse o meno atto interruttivo di perenzione del giudizio di primo grado. E la corte di cassazione dice accademica tale indagine, « avendo, con la facoltà che le attribuisce la legge, sostituito *una più importante e fondamentale ragione di diritto.* »

V. Galante

zione del giudizio di prima istanza pendente il diritto all' appello, e fino all' esito del medesimo ove si fosse proposto.

Di qui chiaro consegue che la dedotta improponibilità dell'appello, per la perenzione del giudizio di primo grado, non aveva alcun fondamento giuridico,

E riesce ora accademica la indagine in cui si versano il Tribunale con la sua sentenza ed il ricorrente, se la domanda del Patamia per ottenere il beneficio del gratuito patrocinio, a fine d'interporre appello dalla sentenza del Pretore, costituiva o meno atto interruttivo di perenzione del giudizio di primo grado, avendo il Supremo Collegio con la facoltà che gli attribuisce la legge sostituito una più importante e fondamentale ragione di diritto a quella del Tribunale per respingere le contrarie deduzioni del Tripepi e per la soluzione della controversia.

Relativamente poi a quanto altro concerne il ricorso in esame, il Patamia dimandò in base al ruolo esecutivo del 20 di dicembre 1838 ed all' istrumento ricognitivo del 14 febbraio 1869 che il Tripepi fosse condannato al pagamento dei canoni. E col detto istrumento del 1869 esso Tripepi dichiarava che la medesima Chiesa Ditteriale esigeva sul fondo in contrada Novellato nel comune di Bagalavi annualmente il canone di lire 17, e sul fondo nomato Acrifa nel Comune di S. Lorenzo il canone annuale di lire 11,90 su gli art. 2 e 56 del ruolo esecutivo; e che egli riconosceva cotesto diritto della stessa Chiesa, ed obbligavasi al relativo pagamento nel mese di agosto di ciascun anno.

Non è consentita dalla legge la prescrizione del dritto del dominio diretto da parte dell'enfiteuta, come è pur troppo noto; e se il Tripepi, nella specie avesse benanche alienato il fondo, gravato dal canone, di che per altro non vi ha alcuna prova, non rimaneva così esonerato dall' obbligo personale che il medesimo affermava con l' istrumento ricognitivo del 1869 e coi reiterati pagamenti eseguiti sino a pochi anni dietro.

Laonde il ricorso si scorge infondato e lo si deve rigettare.

3 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. BURALI D' AREZZO

Arvonio — Sabatino

Beneficio parrocchiale — Onere dell'investito assunto senza autorizzazione superiore a vantaggio dell' ente — Se sia un onere del beneficio o dello investito — In chi si trasmette. Art. 2 legge sugli economati; 1 legge 22 marzo 1866 n. 2882.

Il debito dello investito di un beneficio parrocchiale per somministrazione di oggetti necessarii al culto e per miglioramenti nella chiesa, se non fu autorizzato dal Regio Economato, è un debito personale dello investito, che non si trasmette in chi gli succede nel beneficio, nè ricade su questo, ma passa alle erede di chi lo contrasse.

La Corte.

Osserva che tanto pei principii di diritto canonico quanto per quelli di diritto civile, lo investito del diritto parrocchiale non solo è tenuto a prov-

(1) Due questioni si risolvono con la presente sentenza: 1ª se l' investito d' un

vedere coi frutti e rendite del beneficio stesso alle opere e spese necessarie per la conservazione della Chiesa Parrocchiale, ma non gli è consentito senza la autorizzazione superiore obbligare l'ente e neppure il nuovo Parroco, che è investito del beneficio *iure proprio* e non si reputa successore o avente

---

beneficio ecclesiastico, es. beneficio parrocchiale, sia obbligato a provvedere con i frutti e con le rendite del beneficio alle opere e spese necessarie per la conservazione della chiesa parrocchiale; 2ª se il titolare d'un beneficio possa impegnare il patrimonio dell'ente in guisa da rendere trasferibile l'obbligazione al successore nel beneficio.

Quanto al primo punto cominciamo dal constatare, che il supremo collegio di Napoli, che nella sentenza 16 gennaio 1900 (*Giurispr. ital.*, 1900, I, 1, 909) aveva ritenuto che le istituzioni beneficiarie più che all'usufrutto si attengono al fedecommesso e che l'investito, rispetto al successore, è come il gravato nel fedecommesso rispetto ai chiamati, pur richiamando codesto concetto, finisce per accedere alla teoria dominante, che ritiene la posizione dell'investito per rispetto alle singole cose costituenti la dotazione del beneficio e soggette alla sua amministrazione potersi assomigliare a quella dell'usufruttuario: di fatti, coerentemente alla massima posta avanti dagli antichi canonisti e dalla dottrina susseguente — *clericus in beneficio usufructuario comparatur* — il diritto del beneficiato sulle cose del beneficio è definito come usufrutto dalle varie leggi ecclesiastiche (legge 29 maggio 1855, art. 21, 22; decr. 11 dic. 1860, 3 genn. 1861, art. 14, 15; decr. 17 febbr. 1861, art. 22, 23; legge 15 agosto 1867, art. 5; legge 3 luglio 1870, art. 3; legge 19 dic. 1895, art. 1): nè tale rassomiglianza urta con la legislazione italiana, la quale concepisce il beneficio come una fondazione, onde, dato che i beni degli istituti ecclesiastici appartengono ai medesimi (art. 433 cod. civ.), il soggetto del diritto di proprietà è il beneficio stesso ed il *ius in re* del beneficiato non sarà che un *ius in re aliena* e propriamente si avvicina ad un diritto di usufrutto sopra un'*universitas iuris* (ved. per una più ampia trattazione SCHIAPPOLI D., *Manuale del Diritto ecclesiastico,* Torino, 1902, II, n. 496 e ss., pagg. 114-117). Non intendiamo d'altra parte il motivo dell'applicazione di principii di istituti giuridici aboliti per stabilire la natura e l'indole di istituzioni esistenti, tanto più che se si può sostenere che i beneficii semplici, le cappellanie e simili enti privati partecipano della natura giuridica dei fedecommessi, non ci pare che ciò possa estendersi ad enti pubblici, fra cui indubbiamente è il beneficio parrocchiale.

L'usufrutto o quasi usufrutto del beneficiato è *sui generis* e differisce da quello ordinario, perchè è regolato dal suo titolo, ch'è la legge canonica, mentre l'art. 476 cod. civ. attribuisce alla legge civile, come norma suppletiva del titolo, il regolamento dell'usufrutto: quindi rispetto agli obblighi del beneficiato e specialmente per quanto riguarda l'onere della conservazione e riparazione del tempio, bisogna precipuamente far capo al concilio Tridentino (sess. XXI, *de reform.*, c. 7; cfr. c. 4 X, *de ecclesiis aedificandis vel reparandis, III,* 48), che diede ordine stabile a tutta la materia concernente la manutenzione degli edificii ecclesiastici: per quanto concerne le chiese parrocchiali, siano o non siano patronali, nella graduatoria dei varii obbligati è compreso il beneficiato: anzi, quando ci troviamo innanzi ad un caso d'un'amministrazione parrocchiale, in cui i redditi sono indivisi e costituiscono un'unità, com'è in generale delle parrocchie delle provincie meridionali, poichè non c'è una fabbriceria, l'onere spetta in prima linea, salvo legge, consuetudine o patto in contrario, a tutti coloro che percepiscono i redditi *quomodocunque* pertinenti alla chiesa: ond'è tenuto prima d'ogni altro il beneficiato, fattagli salva la congrua (SCHIAPPOLI, *op. cit.*, II, n. 661 sgg., pagg. 241 sgg.). Adunque il parroco è obbligato a sostenere le spese per la conservazione e manu-

causa del suo predecessore, e di conseguenza non può da questo all'altro trasferirsi alcuna personale obbligazione.

In vero il Concilio Tridentino impone al beneficiato l'onere di provvedere con le rendite del beneficio alle spese di culto ed alle opere per la conservazione della Parrocchia. Di qui si trae che se lo investito *ecclesias refici et restaurari debet*; egli non pure deve rispondere della integrità del patrimonio

---

tenzione della chiesa parrocchiale; tale obbligo suo personale non trova che due limiti: 1° in ogni caso gli si deve far salva la congrua, cioè quella quota di frutti che rappresenta il minimo necessario al suo sostentamento personale; 2° egli ha il diritto di escutere coloro che sono precedentemente obbligati nella graduatoria, ma non il comune, il quale, per l'art. 299 legge com. e prov., testo unico, 4 maggio 1898, non può essere chiamato a contribuire, se prima non gli venga dimostrata l'insufficienza dei mezzi di tutti gli obbligati in precedenza, fra cui il beneficiato stesso. E poichè la sentenza accenna ad un obbligo del regio economato, è vero che l'economato deve impiegare i frutti dei beneficii vacanti anche per concorrere nelle spese per i restauri delle chiese, episcopii ecc. (decreto 2 marzo 1899, n. 64, art. 10, che ha abrogato il decreto, non legge, 26 settembre 1860, n. 4314), ma in questo caso si tratta non di obbligo giuridico, ma di un onere amministrativo, rimesso al suo potere discrezionale. Trattandosi d'un obbligo personale dell'investito, egli non vi può far fronte impegnando i frutti del beneficio, che appartengono al suo successore.

Quanto al secondo punto, bisogna notare che il beneficiario non solo è usufruttuario, ma anche amministratore dell'ente beneficio: come usufruttuario gode di facoltà più ampie di quelle di cui godono in generale gli amministratori delle persone giuridiche, ma ciò non impedisce che a lui non si applichino le norme concernenti l'amministrazione dei beni degli istituti ecclesiastici. Quindi il beneficiato, come qualsiasi altro amministratore, può impegnare il patrimonio dell'ente in modo da rendere trasferibile l'obbligazione al successore nel beneficio, ma deve osservare le norme fissate dalla potestà civile. L'art. 434 cod. civ., togliendo via per gli effetti civili ogni intromissione sì deliberativa che consultiva del papa o degli ordinarii, sostituisce l'autorizzazione governativa per l'alienazione dei beni degli istituti ecclesiastici: esso fu completato dal decreto (non legge) 22 marzo 1866, n. 2832, il quale è stato abrogato dal decreto 19 ottobre 1893 n. 586, che (art. 8) ha abrogato alla sua volta ogni disposizione generale e speciale sulla materia, quindi anche i decreti 1° dicembre 1833 rimasti in vigore nelle provincie meridionali: il richiamo che il detto art. 8 del decr. 19 ott. 1893 faceva delle disposizioni del regno piemontese 19 maggio 1831 fu abolito dal decreto 8 novembre 1901. Nel decr. 19 ott. 1893 si specificano gli atti che sono compresi sotto il nome generico di *alienazione* e vi si dice (art. 1), che fra gli altri costituiscono atti di alienazione i mutui ed in genere *ogni atto o contratto eccedente la semplice amministrazione*: sotto quest'ultima espressione si comprendono il far debiti sotto una forma diversa dal mutuo in senso rigoroso, lo spendere per restauri straordinarii o miglioramenti, ecc. Quindi, allorchè un atto o contratto che eccede la semplice amministrazione, è autorizzato, a seconda dei casi, dal ministro di grazia, giustizia e dei culti o dal procuratore generale della corte d'appello, sotto la cui giurisdizione ha sede il beneficio, e non dall'economato regio, il quale dà un parere (decr. 19 ottobre 1893, art. 2-6-9; ved. SCHIAPPOLI, *op. cit.*, II, n. 735 sgg., pagg. 284 sgg.), l'obbligo è assunto in nome del beneficio e quindi è trasferibile a tutti i susseguenti investiti, che saranno immessi nel possesso civile del beneficio stesso.

D. Schiappoli

dell' ente ma il suo diritto *fructus suos facere idem sonat quod dominium adquirere* si circoscrive ai soli frutti scaduti durante il suo godimento, ma di quelli a scadere dopo la sua morte non può in modo nè diretto nè indiretto disporre in pregiudizio dei futuri chiamati, sul riflesso che i frutti gli van dovuti *a die possessionis cui suum impleat officium et onera ecclesiastica beneficii sui ferat*.

La Corte di merito, ritenendo che l'investito a causa dell' amministrazione dei beni del beneficio possa *auctoritate propria* validamente impegnare i frutti che al nuovo investito si appartengono, violò senza dubbio il cennato principio ed il suo avviso s'infrange eziandio nell' altra costituzione *universalis* di Benedetto XIV che *prohibuit ne in posterum audeant clerici sub nomine alienandi utilitatem et commodum percipiendi fructus, vel alio quovis titulo, et colore vendere, ac distrahere suorum respective beneficiorum redditus, et proventus vel ad vitam, vel in longum tempus, recepta ab emptore per unam vel plures, solutionis pecuniarum quantitate, quam ipsi beneficiarii per eiusdem temporis, vel vitae spatium probabiliter consequi potuissent, sub poena nullitatis contractus, et omnium inde consecutorum*. Il Gagliardi riassume così i doveri dello investito:

Onus habent singuli beneficiati sacris canonibus impositum distribuendi pauperibus partem fructum alteramque impendendi in ecclesiae fabricam, et sacrum suppellectilum aliosque pios usus a fundatoribus volitos. Fit exinde, ut in utroque foro beneficiarius ex ea solum parte fructus faciat suos, qua ad eum ipsum pertinent pro alimentos, et congrua substentatione, reliquos vero debeat, ut fidelis administrator erogare iuxta sacrorum canonum dispositionem et fundatoris voluntatem. Fructus et obventiones sunt impendendi in usus Ecclesiae necessarios, et stipendia ministrorum, ait Innocentius III ubi rescriptis non licet novam pensionem imponere, vel antiquam augere super Ecclesia sine licentia (*De beneficiis.* Capo III Cap. 17 N. 11). Il perchè niun obbligo può dal predecessore imporsi *ex se* sui frutti del beneficiato per qualunque causa.

Che non è meno evidente per diritto civile la inefficacia giuridica di qualsiasi obbligo del precedente titolare sui frutti che *propter officium* son dovuti al nuovo investito *a die possessionis*. All'uopo occorre innanzi tutto rilevare che il beneficiato non può del tutto assimilarsi all' usufruttuario; onde alle istituzioni beneficiarie più che le regole dell' usufrutto si applicano invece i principii che al fedecommesso si attengono. Lo investito infatti rispetto al successore è come il gravato del fedecommesso riguardo ai chiamati: egli gode da un lato le rendite ed è tenuto dall'altro alla conservazione del patrimonio dell'ente, ma non può impegnarlo senza le forme dalla legge stabilite, per le quali l'obbligo rendesi trasmessibile ai futuri chiamati.

Inoltre l' art. 2 della legge sul R. Economato del 20 settembre 1860 dispone che i frutti dei beneficii vacanti vanno applicati alle spese di culto e di restauro delle chiese, il che ribadisce di non gravare le spese suddette anche per diritto civile i successivi investiti, bensì il titolare che, riscuotendo le rendite del beneficio, deve con esse provvedervi, il che per altro espressamente dispone l' art. 1 della legge del 22 marzo 1866 N. 2882 che esclude qualunque onere a carico dell'ente o dei futuri titolari sempre quando non venga autorizzata la spesa dall'autorità superiore.

Trattasi in breve di un onere di sua natura personale del beneficiato *pro-tempore* che lo contrasse in disprezzo della legge ricevendo somministrazioni di oggetti necessarii al culto e facendo eseguire opere di miglioramento nella chiesa senza pagarne il prezzo del quale invece se ne dichiarava debitore; e per le premesse cose va trasmesso l'obbligo ai suoi eredi e non già all'ente, nè al nuovo investito per mancanza della legale autorizzazione.

La *ratio legis* e la sua parola non consentono dubitare che con la espressione generica «alienazione» adoperata nello art. 1 alla legge si intese comprendere ogni qualsiasi atto per lo quale si venga a compromettere la integrità del patrimonio e che eccede la semplice amministrazione. Se la finalità di quella disposizione si è di tutelare e rendere immune così il patrimonio dell'ente come le rendite in *successorum praeiudicium*, ne segue indubbiamente che dal divieto dello articolo stesso non può escludersi anche il mutuo a contrarsi dallo investito. Nè vuolsi pretermettere che per l'art. 6 della cennata legge del 22 marzo 1866 sono eziandio in vigore in queste meridionali provincie le disposizioni del decreto 1° dicembre 1833, col quale si prescrive la sovrana approvazione ai contratti che si riferiscono al patrimonio dei beneficii ecclesiastici e che non riguardano la semplice amministrazione. Arrogi che per la sovrana disposizione del 24 marzo 1829 occorreva la sovrana autorizzazione per autorizzare lo investito a contrarre un debito a carico del beneficio. Or ripugna ad ogni principio di ermeneutica legale che il posteriore decreto del 1° dicembre 1833 col quale venne a regolarsi la tutela dei beneficii ecclesiastici con norme molto più rigorose, avesse inteso sottrarre alla sovrana autorizzazione i debiti a contrarsi sul patrimonio dell'ente.

Che l'altro principio ritenuto nella denunziata sentenza che il Parroco quale amministratore del beneficio possa validamente imporre l'onere del mutuo al nuovo investito, non può neanche essere plaudito dal Supremo Collegio imperocchè non sono a confondere gli atti di semplice amministrazione con quelli che eccedono la ordinaria amministrazione, tra i quali rientra il contratto di mutuo.

Nè rileva che il precedente investito, impegnando parte dei frutti del beneficio nella rateale e graduale estinzione della obbligazione venne a provvedere ad opere per miglioramento della chiesa; imperocchè la disamina se l'opera era utile e necessaria e, quel che è più, se a norma del dritto civile e canonico avesse dovuto egli provvedervi con i frutti del beneficio riscossi sotto la sua gestione, ovvero anche con quelli a scadere dopo cessato il suo godimento, doveaglisi riconoscere dall'autorità superiore, epperò, mancando tale autorizzazione, il mutuo contratto rimane a carico degli eredi del parroco che lo contrasse e non del nuovo titolare.

Che anche quando in ordine allo investito di un beneficio ecclesiastico piacesse aver riguardo alle regole stabilite dal codice civile per l'usufruttuario non potrebbe che riconoscersi la carenza di diritto nella mutuante sig.ra Sabatino di ottenere dal nuovo investito la somma mutuata al predecessore parroco Chirchiano pei principii generali ed anche per argomento analogico desunto dall'art. 495 cod. civ. per lo quale tutto ciò che fa l'investito in vantaggio dell'ente si suppone con presunzione *juris* di averlo eseguito con i frutti riscossi dal beneficio, sempre che l'obbligazione da lui contratta sia sfornita

dell'autorizzazione superiore. D' altronde nella specie tratterebbesi di pretesi miglioramenti pei quali ai termini delle disposizioni relative allo usufrutto non pure il titolare ma anche il semplice usufruttuario sarebbe carente di dritto ad ottenere qualsiasi rimborso, ancorchè si fosse aumentato il patrimonio dell' Ente.

Inoltre nell' aggiusto di quota eseguito dall' Economato Generale dei beneficii vacanti si è tenuto conto della somma dovuta agli eredi del parroco Chirchiano e la si è soddisfatta alla Sig.ra Sabatino in conto del suo credito, sicchè la residuale somma dovutale non può in alcun modo gravare sul nuovo parroco ma su gli eredi del precedente sig. Chirchiano.

Omissis. Per questi motivi. La Corte cassa.

5 settembre 1903.

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. COSENZA
Musella — Del Vecchio

Tutela legale dei figli naturali — Diritti della madre: art. 148 cod. civ. **Danni — Domanda in appello** — Art. 490 cod. proc. civ.

A) *Se al padre spetta la tutela dei figli naturali, che consiste principalmente nella difesa e nella educazione dei medesimi, ciò non significa che a lui, senza gravi ragioni in contrario, sia dato il diritto di sopprimere ogni relazione tra i figli e la madre, alla quale perciò non si può negare la soddisfazione di visitarli e di averli qualche volta presso di sè.*

B) *La legge permette di domandare in appello i danni verificatisi dopo la sentenza, anche quando il giudizio non riguardi questi esclusivamente. L' art. 490 del cod. di proc. non parla di danni maggiori e di danni ulteriori verificatisi dopo la sentenza appellata, ma in genere di quelli che avessero rapporto immediato e diretto colla cosa che figura obbietto del giudizio principale* (1).

(*Omissis*) A) Sostiene dapprima il Musella che i precedenti giudicati abbiano stabilito a suo favore un dritto illimitato ed incondizionato circa il modo di provvedere all'educazione e collocamento delle figlie. E che la domanda dei danni interessi non era proponibile in grado di appello.

---

(1) La dottrina e la giurisprudenza si sono da tempo occupate della questione se siano domande nuove non proponibili in appello quelle che concernono i danni sofferti *dopo la citazione* introduttiva del giudizio di primo grado, ma *anteriormente alla sentenza dei primi giudici*. Affermativamente opinano: il PISANELLI (*Comm.* vol. IV, n. 864), il MATTIROLO (*Dir. giud. civ.* IV, ediz. 4ª, n. 765), il CUZZERI (*Comm.* sull' art. 490). Negativamente opina invece il MORTARA (*App. civ.* in *Dig. ital.* n. 773), il quale sostiene che il legislatore intende parlare soltanto degli accessorii *continuativi* di quelli *già chiesti* nell' atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado.

Non si può dubitare però che, trattandosi di danni sofferti soltanto *dopo la sentenza dei primi giudici*, sia lecito proporne domanda per la prima volta in appello (MATTIROLO, IV, ediz. 4ª n. 764). Nè richiedesi comunemente che già vi sia la istanza per i danni *anteriori* (Contra: MORTARA, op. e loc. cit.).

Circa la prima doglianza nessuno può disconoscere che al padre spetti la tutela dei figli naturali, che consiste precipuamente nella difesa e nell' educazione dei figli. Questo dice la legge, questo dicono i precedenti giudicati: ma ciò non significa che a lui senza gravi ragioni in contrario sia dato il diritto di sopprimere ogni relazione tra i figli e la madre. Altrimenti la tutela diverrebbe una tirannide verso la genitrice.

Adunque è necessario armonizzare le relazioni dei figli verso la madre coi dritti che derivano dalla tutela, e contemperarli in modo che resti alla madre lo sfogo dell'affetto materno verso di essi, lasciando a costei la soddisfazione di visitarli ed averli qualche volta presso di sè. Resti perciò al padre il dritto di protezione e di educazione dei figli, ma non si tolga alla madre il dritto di abbracciare la propria prole e di trasfonder nel suo cuore il germe del dovere che ha di amare e rispettar la donna autrice dei suoi giorni.

Dunque la sentenza impugnata non violò i dritti riconosciuti nel padre quando accordò alla sig. del Vecchio il dritto di visitar le figliuole e di averle qualche volta presso di sè, ma fece omaggio ai principii di morale e giustizia.

Ma poi in questa materia non si può invocare la forza del giudicato, perchè si tratta sempre di misure provvisorie e temporanee, le quali ad ogni fatto nuovo che si verifica possono essere modificate. E nella specie due fatti nuovi eransi verificati: il trafugamento delle ragazze dall'istituto Costa ed il trasferimento del domicilio del Musella da Napoli a Milano: quindi la necessità di modificare i provvedimenti precedentemente impartiti.

B) Finalmente circa i danni interessi, l' art. 490 del c. di p. c. vieta di proporre domande nuove in appello a meno che non si trattasse di frutti, di interessi e di danni verificatisi dopo la sentenza, e ciò perchè gl' interessi, i frutti ed i danni sono sempre un accessorio della cosa principale anche quando il giudizio principale non riguardasse esclusivamente i danni interessi. Musella sostiene che soltanto se si tratti di un giudizio riflettente i danni inte-

---

Nella giurisprudenza più recente trovo, in materia di danni domandati in appello, le seguenti massime:

Se la parte nella domanda originaria chiede solo una riserva di azione in ordine ai possibili danni, e nelle conclusioni avanti il magistrato di appello chiede esplicitamente la condanna ai danni, questa ultima domanda, come nuova, è inammessibile: C. Roma 31 dic. 1897, *Corte S. Roma*, 1898, II, 511.

Se colla citazione si domandi l' esecuzione di un contratto in un dato termine, col risarcimento dei danni dipendenti dal ritardo, e, nel caso di inutile decorso del termine stesso, la risoluzione del contratto, colla rifusione di tutti i danni, non è l' istanza per questi ultimi improponibile in sede di appello, siccome domanda nuova, essendo compresa nell' alternativa dell' atto di citazione: A. Ancona, 26 nov. 1898, *Mon. Giur. Bol.* 1899, 216.

I danni derivanti dalla dichiarazione di fallimento entrano nel novero di quelli di cui parla l' art. 370 c. p. c., e di essi, in quanto sopravvenuti dopo la sentenza di primo grado, può farsi domanda anche per la prima volta in appello: C. Roma, 9 marzo 1897, *Corte S. Roma*, 1897, II, 60.

Sui rapporti poi dell' art. 490 con l' art. 72 e con l' art. 99 del cod. di proc. civ. veggasi: MORTARA, *Comm.* II, n. 230, pag. 324 e 325.

g.

tessi si potessero in appello domandare i danni ulteriori verificatisi dopo la sentenza appellata.

Ma non è questo certo il concetto di quell' articolo, perchè non parla di danni maggiori o di danni ulteriori verificatisi dopo la sentenza appellata, ma in generale di quelli che avessero rapporto immediato e diretto colla cosa che forma obbietto del giudizio principale. E questo si verifica nella specie, perchè il Musella, ribellandosi agli ordini del magistrato nella materia che formava obbietto del giudizio, trasferì le figlie a Marroggio ed obbligò la madre ad intraprendere un viaggio per rintracciarle e rivederle.

Si dice inoltre che il fatto che diè luogo alla rivalsa fu anteriore alla sentenza. Ciò è vero, ma si verificò quando non era possibile formolare domanda per danni.

E poi è certo che i danni si verificarono dopo la sentenza, perchè i viaggi, le ricerche fatte dalla sig. del Vecchio furono alla sentenza posteriori. Se pur dunque la colpa del Musella fu anteriore alla sentenza essa cagionò i danni dopo la sua prolazione.

Stante ciò il ricorso va rigettato.

5 settembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. ABATEMARCO
Airò — Maiorano e de Nisi

Ipoteca — Terzo possessore del fondo — Mancata rinnovazione — Atti esecutivi contro il debitore — Effetti rispetto al terzo possessore trascorso il trentennio. Art. 2029, 2120 cod. civ.

L' azione ipotecaria spiegata nel corso del trentennio contro i terzi possessori non rende vani gli effetti della caducità della iscrizione non rinnovata a tempo (1).

Contro questa sentenza ricorrono con distinti, ma univoci ricorsi, corredati da due depositi, i Sig. Airò e Majorano. I ricorsi si fondano sulla violazione degli art. 2029, 2030, 2120 e 2121 C. Civ. e si svolgono, per sostenerli, con le ragioni medesime già presentate, e non accolte, da' giudici del merito.

Sicchè, non mettendosi in dubbio dalla sentenza denunziata, che l'ipoteca decade col decorrimento del trentennio, l'unica tesi da esaminarsi è, *se la azione ipotecaria spiegata nel corso del trentennio contro i terzi possessori possa render vani gli effetti della caducità dell'iscrizione non rinnovata a tempo.*

La Corte di Appello per giungere alla suddetta sua decisione ha guardata la quistione co' criterii della prescrizione, ed ha detto che un creditore, il quale mantiene il suo diritto rompendo il silenzio, impedisce che il debitore possa dirsi liberato; e che il terzo possessore, il quale avrebbe potuto svincolarsi dall'azione ipotecaria sperando che si negligesse dal creditore la rinnovazione nel trentennio, perde codesta speranza quando quello già erasi fatto vivo con esercitarlo nel momento opportuno ed utile.

Il suddetto criterio, da cui la Corte è partita, risulta fallace applicando le

(1) La stessa massima pochi mesi prima fu proclamata dal Supremo Collegio nella causa Cova-Di Bona (28 maggio 1903 - Pres. Salvati - Est. Calabria).

norme della prescrizione al regime ipotecario; il quale se regola i rapporti fra creditore e debitore d'ordine privato, ha bensì un altro scopo d' ordine generale economico per la facilitazione e la sicurtà de' trasferimenti della proprietà immobiliare. La legge guarda perciò, e forse con maggiore attenzione i diritti de' terzi, i quali sono garantiti specialmente dalla pubblicità ipotecaria, che per quanto è più larga pertanto ne rende più perfetto il sistema.

Ed è perciò che la legge stessa, mentre da un lato concede al creditore un diritto reale sull'immobile ipotecato, e tale da perseguitarlo anche presso qualunque possessore, gli fa l'obbligo di renderlo pubblico mediante l'iscrizione, ed a *questa iscrizione* PER CONSERVAR L' IPOTECA *assegna la vita di anni 30, e ne dichiara cessato l'effetto se non è rinnovata prima della scadenza di detto termine* (Art. 2001 cod. civ.)

Codesta chiara e tassativa limitazione è scritta appunto nell' interesse dei terzi per toglier loro l'incertezza e l'insicurtà che può facilmente derivare da un lungo periodo di tempo, mentre il creditore deve sapere che la sua ipoteca, se non rinnovata, rispetto ai terzi è *morta*. Il che però non significa che egli non continui riguardo al suo debitore ad essere un creditore ipotecario, e che possa, anche scaduta l'iscrizione contro di lui e senza suo consentimento, rinnovarla, ma i terzi ne restano liberi, e per essi la rinnovazione fuori il trentennio non deve reputarsi altrimenti che qual nuova iscrizione.

Consegue da ciò che gli atti i quali sono interruttivi di prescrizione fra creditori e debitori, non lo sieno del pari fra il creditore ipotecario che voglia conservar l' effetto della sua iscrizione ed i terzi. Per costoro la legge non guarda *l' ipoteca, ma l' ipoteca iscritta*, cioè resa pubblica; e se *l' iscrizione* come fu innanzi detto, *conserva l'ipoteca* per 30 anni, e *l'effetto dell'iscrizione cessa se non rinnovata prima di detta scadenza*, importa tutto ciò che l' unico modo di conservazione del diritto reale dell' ipoteca rispetto ai terzi sia la rinnovazione, e che senza di questa contro di essi non si ha la ipoteca fondamento dell' azione reale.

L' art. 2029 C. Civ. per tal ragione dispone che l' ipoteca si *debba ritenere estinta con lo spirare del termine a cui fu limitata*; e l' art. 2030 confermando codesto principio soggiunge, che la prescrizione riguardo a' beni posseduti da' terzi si compie anche col decorso di 30 anni.

Nè per questa prescrizione hanno luogo le cause d' impedimento indicate nell'art. 2120, come spiega tassativamente l' art. 2121.

Adunque, se il creditore intende conservare verso i terzi possessori l'azione ipotecaria invece che affidarsi ad atti che sarebbero interruttivi di prescrizione del credito, egli deve innanzi tutto mantenere in vita l' ipoteca, che verso i terzi si sostanzia nell'iscrizione, la quale perde efficacia se non rinnovata prima che spiri il trentennio.

A conforto di codesti principii giova ricordare altresì la disposizione dell' art. 2003 del medesimo codice, per la quale *l'obbligo della rinnovazione cessa nel caso di giudizio di purgazione*, perchè ne' detti casi l' ipoteca si esaurisce: *pignus luitur;* e trasportandosi sul diritto de' creditori non si ravvisa più il bisogno della rinnovazione, e per la sicurezza de' creditori vien pubblicata l'iscrizione in favore della massa.

Ma fuori dei detti casi l'obbligo permane per la semplice ragione che un giudizio cominciato contro il terzo possessore non può dirsi che abbia esaurito tutto l'effetto dell'ipoteca come negli altri sopra mentovati; anzi ne promuove lo svolgimento, e per ottener questo è necessario che l'ipoteca sia mantenuta in vita.

Se così non fosse, si potrebbe sperimentare un' azione ipotecaria senza l' ipoteca contro i terzi possessori.

Ma ciò non basta a dimostrare fallace il criterio della Corte. Essa vide soltanto gli atti che qualificò interruttivi di prescrizione nel rapporto de' terzi possessori, ma non estese lo sguardo ad altri che su quei fondi avessero acquistato diritti reali. Or per costoro l'avviso nasceva dalla pubblicità dei registri della conservazione, dai quali rilevato avevano la mancata rinnovazione, e quindi in buona fede avevano contrattato co' possessori medesimi; come dunque sarebbe possibile trascurare i dritti di costoro pretermettendoli ad un creditore negligente?

E neppure basta. Suppongasi ancora che nella graduazione sul fondo riscattato con l' azione ipotecaria dalle mani di terzi possessori concorressero costoro e possibilmente altri loro aventi causa, col creditore ipotecario, questi pel suo credito e quelli pel prezzo od altro, il giudice nella classificazione delle rispettive ipoteche come farebbe a tener conto di quella caducata per la mancata rinnovazione?

Son queste le conseguenze della fallacia d'un criterio giuridico, alla quale talora il magistrato è trascinato da sentimento di equità, che deve tacere riguardo ad altri principii d'ordine generale, innanzi a' quali scompariscono i danni individuali, che son sempre minori del perturbamento che si arreca ad interessi collettivi garentiti dalla legge.

Per tali motivi. La Corte accoglie i ricorsi. Annulla l' impugnata sentenza, e rinvia la causa per nuovo esame alla Corte di Appello di Napoli che provvederà anche sulle spese.

6 ottobre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. diff.) — Est. CALABRIA
Caracciolo - Corigliano

Precetto immobiliare — Termine in corso per il pagamento — Opposizione seguita nel termine di legge — Dimanda di autorizzazione a vendere — Inefficacia. Art. 659 660 e 662 cod. di p. c.

È inefficace la domanda di autorizzazione a vendere proposta innanzi che fosse scaduto il termine accordato al debitore per pagare, quando questi si sia opposto al precetto nel termine di legge.

Sul 1° motivo — Atteso che l' assunto sostenuto col 1° mezzo del ricorso, se, cioè, sia efficace la domanda di autorizzazione a vendere proposta in-

(1) L'art. 659 cod. proc. civ. autorizza il creditore a domandare la subastazione allorquando sia inutilmente decorso il termine di giorni trenta dato nel precetto immobiliare. È chiaro, quindi, come neppure possa chiedersi la vendita allorquando,

nanzi che fosse scaduto il termine accordato al debitore per pagare, nei casi di opposizione a precetto, seguita nel termine di legge, trovi non pure riscontro in precedenti decisioni di questo Supremo Collegio, ma anche nell'autorità delle parole testuali della legge, e la conferma di verità nei principii del diritto. Dicesi invero nell'art. 659 pr. civ. che nel precetto per l'esecuzione sopra i beni immobili deve farsi al debitore l'intimazione di pagare nei 30 giorni successivi lo importare del debito, e l'avvertimento che non pagando nel detto termine, sarà proceduto alla subastazione dei beni immobili indicati nel precetto. E nel successivo art. 660 si legge, che l'opposizione al precetto devesi proporre nel termine di giorni 30 dalla notificazione di esso, soggiungendosi col 1° cap., che, quando l'opposizione sia rigettata, il pagamento richiesto col precetto devesi fare nel termine in esso stabilito se questo non scada prima dei dieci giorni dalla notificazione della sentenza che rigettò l'opposizione; e se il termine scada prima di dieci giorni dalla notificazione della sentenza che rigettò l'opposizione, il pagamento deve eseguirsi fra dieci giorni dalla notificazione della detta sentenza. Segue l'art. 662 sotto il § 2: del procedimento per l'incanto, nei seguenti termini: « Il creditore, scaduto il termine di giorni 30 stabilito dall'art. 660, può promuovere la vendita dei beni immobili del debitore indicati nel precetto. »

Dunque, stando alle parole testuali della legge, che sempre, ma più ancora in materia procedurale hanno decisiva importanza, se, scaduto il termine ivi indicato, può promuoversi la vendita, è logico e giuridico dedurre da ciò, che se il termine non sia scaduto non si possa quella promuovere.

Le due espressioni si equivalgono, comunque l'una abbia forma negativa, e l'altra positiva, perciocchè al testo corrisponde la sostanza del precetto legislativo. Il decorrimento di quel termine rappresenta la condizione cui è subordinata l'apertura della seconda fase del giudizio di spropriazione, che si concreta nel procedimento per lo incanto, non essendo ragionevole nè giusto, che prosegua il corso della spropriazione del debitore col chiedersi l'autorizzazione a vendere i beni di lui, mentre perdura ancora il termine utile che la legge gli accorda per pagare il debito. Ripugna l'ammettere che pel debitore il termine di cui si occupano gli articoli 659 e 662 pr. civ. debba essere perentorio, ed al creditore sia poi concessa libertà di andare innanzi col pericolo ch'egli prosegua l'esecuzione immobiliare per un debito

---

proposta la opposizione a precetto nei termini di legge, non siano decorsi quei tali termini concessi al debitore pel pagamento volontario, come all'art. 660 c. p. c. Tutto ciò è ben chiaro, mentre non è chiaro se la domanda di vendita proposta pria che quei termini decorrano, sia nulla di pieno diritto, ovvero, restando valida, non tolga al debitore la scelta di pagare volontariamente nel termine, ed, in tal caso, resti a carico e danno del creditore. A tale proposito si nota da alcuni (Mattirolo Dr. Giud. VI n. 158 nota) che non comminando il codice nullità alcuna nell'art. 707, la domanda di vendita come sopra non sia nulla. Vedi in proposito App. Genova 21 ottobre 1868 (*Gazz. Trib. di Genova* XXI, 1, pag. 83). La Corte suprema di Napoli dichiara non a proposito l'invocazione dell'art. 707, il quale riguarderebbe nullità di forma; invece nel caso in esame si tratterebbe di domanda la quale, proposta fuori termine, non possa, a tenore dei principii generali, non essere nulla.

che può essere in quel termine soddisfatto nel quale caso la procedura esecutiva non avrebbe avuto ragione di essere. La condizione per tanto che sia decorso il termine di cui trattasi è condizione di ammissibilità della domanda di autorizzazione a vendere, e però, se non si è verificata, la domanda stessa riesce inammessibile e si ha come non fatta.

Atteso che infondate, e come tali confermative dei precedenti rilievi sono le ragioni della Corte di merito e le deduzioni dei resistenti in contrario.

Nell' impugnata pronunziazione si osserva che la sentenza di rigetto delle opposizioni al precetto immobiliare fu notificata il 18 luglio 1902, prima cioè che si trattasse la causa per l'autorizzazione della vendita nella udienza del 14 agosto. Nè, si soggiunge, ricorre il caso di applicare il capov. dell' articolo 660 pr. civ., perchè non trattavasi di opposizione respinta entro il termine di 30 giorni. Non v' è poi, continuasi, sanzione di nullità nell' articolo 707 pr. civ. per la trasgressione dell' art. 662, nè poteva essere, perchè inoffensiva al debitore pel suo contenuto ed effetti è la domanda di autorizzazione a vendere.

Deducesi inoltre che la sentenza di rigetto delle opposizioni fu pubblicata molto prima della domanda di autorizzazione anzidetta, e che questa fu portata a cognizione del tribunale, non dopo i dieci giorni reclamati, ma dopo 16 dalla notificazione della sentenza testè indicata.

Da ultimo si obbietta, che pur soddisfatto il creditore istante, la procedura d' incanto non potrebbe essere mai soffermata nel rapporto degli altri creditori, pei quali sta sempre la efficacia della trascrizione del precetto.

Brevi richiami bastano a far crollare cotesto edificio difensivo.

Innanzi tutto non è mestieri intrattenersi a dimostrare erronea l' interpetrazione restrittiva che dalla Corte di merito si è data dell'art. 659 pr. civ.,- percioechè basta rileggere il testo di tal disposizione per essere certi, che nella lettera e nello spirito di essa, nulla vi ha che autorizzi ad accogliere l' arbitraria limitazione che vi si è scorta.

Vanamente poi si è lavorato intorno alle date degli atti, quando a fronte dell' art. 659 si pongono i dati precisi di fatto che sono i seguenti: cioè che il precetto fu notificato al 30 giugno 1901; l' opposizione fu prodotta addì 6 luglio stesso anno, e nel 18 luglio 1902 fu notificata la sentenza di rigetto delle opposizioni; ond' è che il termine pel pagamento giusta l'art. 669 pr. civ. scadeva a 28 luglio 1902 mentre la domanda di autorizzazione a vendere fu notificata in maggio di quell' anno, ossia prima che fosse notificata la sentenza che rigettava le opposizioni, e quindi prima che fosse scaduto il termine pel pagamento. Ciò premesso, la confutazione degli altri argomenti che si pongono contro la tesi della ricorrente sta nelle ragioni medesime adottate per risolvere la proposta questione. È vano infatti parlare di sanzione di nullità quando si è ritenuto che il decorrimento del termine per pagare sia condizione *sine qua non* per avanzare la richiesta di autorizzazione a vendere mentre è risaputo d' altra parte che l' art. 707 limita la sua efficacia alle sole formalità. E indarno pure discutesi del contenuto e degli effetti della richiesta anzidetta per concludere che non dà pregiudizio alcuno al debitore, quando, ed è opportuno ripeterlo, non manca già una semplice formalità, ma la condizione cui era subordinata la sua legale esistenza.

Nè da ultimo può avere influenza alcuna nella controversia che si agita il concetto affatto estraneo ad essa, dell' interesse che il ceto dei creditori possa avere alla prosecuzione della procedura esecutiva, quante volte il creditore istante non fosse stato soddisfatto.

Per le quali cose va accolto il primo mezzo del ricorso e quindi annullata la sentenza di che trattasi.

Per questi motivi — La Corte cassa e rinvia.

24 ottobre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Scalfati (concl. diff.) — Est. Cianci di Sanseverino

de Lorenzo - Comune di Salza Irpina

Prescrizione estintiva e presuntiva — Se possa eccepirsi prima una e poi l' altra. Art. 2140, 2144 cod. civ.

Stipendii dovuti al maestro comunale — Se siano prescrittibili in cinque anni. Art. 2144 cod. civ.

La prescrizione presuntiva non può coesistere con la estintiva, nè è lecito opporre in diversi gradi di giurisdizione prima l' una e poi l' altra.

Gli stipendii dei maestri comunali non sono soggetti alla prescrizione quinquennale. (1)

Ritenuto in linea di fatto che il sacerdote Carmine de Lorenzo, con atto dei 16 maggio 1899, convenne innanzi al Tribunale di Avellino il Comune di Salza Irpina, per ottenere il pagamento di L. 3100 a titolo di somma

---

(1) La corte ha posto male la questione. Dire che il debitore, che oppose inutilmente la prescrizione presuntiva dell' art. 2140 cod. civ. non possa avvalersi della prescrizione estintiva dell' art. 2144 cod. civ. per la diversa natura dei due istituti, è dir cosa inesatta. Benvero, dato che un credito potesse essere colpito dalla prescrizione presuntiva dell'art. 2140 e, questa respinta, potesse rientrare nei casi contemplati dall' art. 2144, (prescrizione estintiva quinquennale), per quale mai ragione di intolleranza reciproca questa eccezione non potrebbe seguire la prima? La regola dei romani, non contrastata oggi, era la seguente: « nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint » (L. 8 Dig. 44,1), regola illustrata meglio dall'altro passo: « nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit » (L. 43 Dig. 50,17).

È chiaro dunque che il convenuto potrà invocare in sua difesa tutte quelle eccezioni che la legge gli conceda, perfino eccezioni che tra loro non si conciliano, ma che sono proposte l' una come negazione diretta dalla domanda, l' altra, in modo alternativo, come subordinata che sorgerebbe in ogni caso, se la prima eccezione venisse respinta. Il convenuto nega il debito e poi aggiunge: ad ogni modo, anche se esistente, è prescritto. Orbene, per quanto la negativa del debito e la prescrizione siano due eccezioni le quali logicamente e contemporaneamente non potrebbero coesistere, pure coesisteranno l' una *ex se*, e l' altra nella ipotesi di rigetto della prima.

Al contrario non si potrebbero più eccezioni svolgere l'una gradatamente all'altra ove mai dalla negativa della prima venisse a risultare un dato di fatto che urtasse contro la sostanza della seconda eccezione. Così, se il convenuto eccepisca la pre-

dovutegli per l' annuo stipendio di L. 700 qual maestro elementare per il corso di anni 9; chiese inoltre lire 275 come indennità di pigione per il locale addetto alla scuola; e gl' interessi legali sulle due somme.

---

scrizione presuntiva, ed invitato a prestare giuramento, debba riconoscere l' esistenza del debito, non potrebbe in seguito eccepire la inesistenza della obbligazione.

Or, se questi sono i principii generali concordemente accettati, erroneo è l' affermare che le due prescrizioni, quella presuntiva dell' art. 2140 e la estintiva dell' art. 2144 non possano essere eccepite l'una dopo l'altra, e che respinta l'una, sia impossibile proporre l'altra, data la grande e profonda diversità dei due istituti. Siano questi due istituti diversi quanto più si voglia: ebbene, se un rapporto obbligatorio potesse rientrare sia sotto l'una che, sotto l'altra prescrizione, nulla impedirebbe al convenuto di eccepire in primo tempo la prescrizione estintiva e, questa respinta, eccepire la prescrizione estintiva quinquennnale. La questione, adunque, è tutta nella ricerca se il rapporto sia contemporaneamente colpito dalla presuntiva o dalla estintiva quinquennale; ed è in tali termini che la questione andava posta.

L'art. 2140 dice che si prescrivono col decorso di tre anni le azioni 1) dei professori, maestri, ripetitori di scienze lettere ed arti stipendiati a tempo più lungo di un mese, 2) dei medici, chirurghi e speziali per le loro visite, operazioni e medicinali, 3) degli avvocati e procuratori ecc., 4) dei notai ecc., 5) degl'ingegneri architetti misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorarii.

L'art. 2144, invece, dice prescrittibili dopo un quinquennio; 1) le annualità delle rendite perpetue e vitalizie, 2) quelle delle pensioni alimentarie, 3) le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici, 4) gl'interessi delle somme dovute e *generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi.*

La ricerca deve dunque rivolgersi allo esame se qualcuno dei crediti di cui all'art. 2140 possa rientrare anche nell'art. 2144: nel caso affermativo, le due eccezioni potrebbero l'una seguire l'altra; in caso negativo ciò sarebbe vietato, non per incongruenza e contradizione tra le due forme di prescrizione, ma perchè il credito soggetto ad una di esse non sarebbe soggetto all' altra.

Il dubbio nasce dalla formola finale dell' art. 2144: « E GENERALMENTE TUTTO CIÒ CHE E PAGABILE AD ANNO O A TERMINI PERIODICI PIÙ BREVI ». Potrebbe, infatti, essa raccogliere sotto la prescrizione quinquennale tutte quelle ragioni creditorie che si esplicano in pagamenti periodici ricadenti anno per anno o in termini più brevi, anche se rientrino in prescrizioni più corte della quinquennale. Potrebbero, in altre parole, le pensioni di convitti o istituti educativi, gli onorarii dei professori e maestri pagabili a giorni o mese od anno (art. 2139, 2140) non solo essere colpiti della prescrizione presuntiva di un anno o tre degli art. 2139 e 2140, ma, scossa e respinta questa dopo la prova del non pagamento (art. 2142), ricadere sotto la prescrizione qninquennale.

La questione, posta nei termini così larghi come facciamo nella presente nota, non è stata mai trattata a fondo e senza equivoci, come oggi noi facciamo. Gli scrittori italiani e francesi, e la giurisprudenza dei due paesi hanno determinata la importanza della formula terminativa generale dell' art. 2144 (corrispondente al 2277 cod. fr.), escludendo, p. e., che possa riguardare il caso del pagamento rateale di un capitale (LAURENT XXXII, n. 435 e seg. MARCADÉ art. 2277, TROPLONG II 1001, 1002, ZACHARIAE-CROME I § 146, MIRABELLI Prescrizione n. 176), ma non affrontano direttamente la questione se tutti i pagamenti periodici, anche se colpiti da prescrizioni più brevi della quinquennale, rientrino anche in questa.

Contestata la lite, il Tribunale, con sentenza dei 30 gennaio 1900 accolse il 1° capo di domanda, limitando la condanna al pagamento di L. 3083 ed in quanto al 2° capo ammise l'attore a provare con testimoni i fatti articolati.

A noi pare, se l'analisi della legge ed il confronto degli articoli non ci inganna, che la risposta debba essere affermativa. Potrà ben dirsi con LAURENT che la formula terminativa dell'art. 2144, copiata letteralmente dal codice francese, sia male redatta: essa è scritta e rappresenta la estensione del concetto che informò l'ordinanza di Luigi XII del 1510: cioè che una speciale prescrizione debba impedire l'accumulo enorme di annualità a danno del debitore. L'ordinanza del 1510 limitò la norma agli arretrati di rendite fondiarie: ma il codice francese la estese a tutto ciò che periodicamente ed automaticamente scade e si accumula. Il nostro codice, non solo ripetè la disposizione francese, ma la chiarì rispetto agl'interessi, quando al posto della formola: *interessi delle somme prestate*, sostituì l'altra: *delle somme dovute*. E la frase troppo indeterminata: *e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi*, malgrado le critiche subìte e le incertezze alle quali aveva dato origine, passò perfino nei codici più recenti a tipo francese; come ad es. nel codice Argentino (art. 2027, n. 3 cfr. MACHADO Exposicion del codige civil argentino XI pag. 298). Ad essa, però, bisogna dare un significato, il quale risponda alle parole della legge, e, possibilmente, non contrasti con altre disposizioni del codice. E questo significato, a parer nostro, non può essere quello assai ristrettivo seguìto dalla Corte di appello di Genova (19 dicembre 1894 nel Foro It. Rep. 1895 pag. 104) e dal PACIFICI-MAZZONI (Istit. II n. 210 ed autori ivi citati) cioè che quella formula generale si riferisca ai soli crediti della medesima natura ed indole di quelli segnati nell' art. 2144 (annualità di rendite perpetue e vitalizie, pensioni alimentarie, pigioni ed interessi di somme), e che non possa giammai comprendere quei crediti riservati alle prescrizioni più brevi (le presuntive): perchè mai una restrizione simile? e come giustificarla? l'art. 2144 parla di crediti speciali e conclude con una regola generale, la quale sarebbe assurdo voler riportare soltanto alle quattro categorie di crediti ivi menzionati· D' altra parte la formula è talmente generale ed ampia da comprendere tutto ciò che abbia carattere di pagamento periodicamente riproducentesi, senza essere un capitale: infatti il vecchio ed i nuovi legislatori vollero trovare nella prescrizione quinquennale un rimedio al facile accumularsi di pagamenti periodici, che il debitore si potesse sentir piombare un bel giorno sulle spalle sotto forma di una somma spaventevole. E la giurisprudenza seguì tanto un tale concetto, da procedere sempre innanzi nell' applicazione, e, dagli interessi convenzionali passò ad applicare la quinquennale agli interesessi moratorii.

Or dunque, se le parole della legge sono chiare ed univoche, se il concetto di essa è preciso e determinato, non si comprende perchè mai debbano essere esclusi dalla prescrizione quinquennale quei pagamenti ad anno od a termini periodici più brevi, che non siano elencati nell'art. 2144, e che, per avventura, si trovino elencati altrove. E così quei crediti pagabili a giorno, mese od anno che si trovano assoggettati a prescrizioni brevi presuntive, ove mai questa non possa avere efficacia (per l'esercizio della facoltà di cui all'art. 2142 cod. civ.) dovranno essere colpiti dalla prescrizione quinquennale. Ed appunto perchè, come dice la corte di cassazione di Napoli, la prescrizione presuntiva è fondamentalmente diversa dalla estintiva, l'una può essere applicata, quando l'altra sia stata esclusa.

Discendendo, adunque, al caso in esame, noi riteniamo che, non solo il credito

Ritenuto che contro questa sentenza il Comune interpose appello; e la Corte in riguardo alla prescrizione quinquennale da lui dedotta per la prima volta in secondo grado, giudicò che, trattandosi di somme pagabili a rate annuali non richieste alle rispettive scadenze non potevano ripetersi cumulativamente meno per i cinque anni anteriori alla citazione, onde in parziale riparazione dell' appellata sentenza ridusse ancora a Lire 1483 la condanna pronunciata dal primo giudice e dichiarò prescritti gli stipendii anteriori agli ultimi cinque anni dall' atto di citazione.

Ritenuto che contro questa sentenza produsse ricorso il maestro elementare signor de Lorenzo per diversi motivi che tutti si compendiano nella tesi che la prescrizione quinquennale non sia applicabile all'annuo stipendio stanziato in bilancio e dovuto dal Comune al maestro elementare.

Considerando che la Corte di Appello fu dominata da falsi criterii di legge nel dichiarare che, esclusa la prescrizione presuntiva contemplata nell'articolo 2140 C. C., rimaneva nondimeno la estintiva preveduta dall' articolo 2144 a soccorrere il Comune. Invece, se avesse bene avvertito alla grande differenza che intercede fra l' una e l' altra, avrebbe dovuto ammettere il principio che la 1ª esclude la 2ª. Difatto quella è richiesta dall' indole stessa dei crediti che non si lasciano per lungo tempo dormire, onde la legge suppone che il debitore colla massima correntezza abbia adempiuta alla obbligazione. La estintiva invece punisce la inerzia del creditore, ed è determinata sopra tutto dallo scopo d' impedire la rovina del debitore. Oltre a ciò la estintiva si ammette anche quando il convenuto nell' opporla, confessi di non aver pagato, e la presuntiva invece si ammette solamente nei casi in cui il debitore adotti un sistema difensivo non incompatibile con la presupposizione del pagamento. Infine nelle varie ipotesi dell' art. 2144 non è ammessa alcuna difesa dell'attore, mentre la prescrizione presuntiva gli permette la delazione del giuramento per indurre il debitore a confessare di aver pagato, il che può in seguito dar luogo al giudizio penale di falso giuramento, al risarcimento dei danni contro il colpevole ed altre gravi conseguenze. Premesso ciò, riesce

---

del maestro comunale sia soggetto alla prescrizione estintiva quinquennale, come disse altra volta la Corte di cassazione di Napoli (7 maggio 1898 Foro it. Rep. 1898, 1093 cfr. MIRABELLI op. cit. n. 176), ma che esso sia assoggettato sempre alla prescrizione presuntiva dell'art. 2140. Chiamato il comune a giurare se effettivamente abbia pagato, e chiarito che il pagamento non fu mai eseguito, ebbene non sarà più applicabile la prescrizione presuntiva, ma lo sarà la quinquennale dell'art. 2144, e tutti gli stipendii che sono rimasti salvi dalla presuntiva, in tanto saranno dovuti, in quanto non siano colpiti dalla prescrizione quinquennale. Questa possibile correlazione e coesistenza tra le due prescrizioni la Corte di appello di Firenze ha voluto negare (14 maggio 1903 Foro It. 1903, 1, 868) ma, secondo noi, senza un buon fondamento.

E noi estendiamo tale opinione non solo ai crediti dei maestri, ma in generale a tutti quei pagamenti periodici non aventi natura di capitale e contemplati negli art. 2139 e 2140 cod. civ., i quali se, per la prova contraria fornita a mente dell' art. 2142 non possono cadere sotte le brevi prescrizioni presuntive, andranno sempre a cadere sotto la prescrizione quinquennale che si sia verificata.

prof. Arnaldo Lucci

innanzi tutto assai difficile pensare che il legislatore abbia provveduto alla coesistenza armonica di due eccezioni ben diverse e contradicenti fra loro lasciandole in balia del convenuto in uno stesso giudizio, benchè diverso in due gradi, di guisa che, essendogli lecito di appigliarsi ad un sistema poco morale di astuti ripieghi e tergiversazioni, esclusa pure la prescrizione triennale per la esplicita sua confessione di non aver pagato, possa indi a poco *revoluto mantello*, invocare a suo vantaggio il presidio della prescrizione estintiva, liberandosi così dal suo debito non per il corso di uno o tre anni, ma per più lunga durata. E la contradizione nel concetto legislativo in codesta teorica appare più evidente, laddove si rifletta che quantunque nel sistema delle azioni non sia permesso divergere dalla via innanzi prescelta, ciò non ostante con quella teorica si possa declinare nei metodi di difesa dal rigore dei principii giuridici, affastellando eccezioni d' indole diversa incompatibile fra loro.

Considerando esser pur vero che la giureprudenza francese sotto le pensioni alimentarie del Codice Napoleone (art. 2277) ha voluto *latiori sensu* comprendere tutte le prestazioni destinate principalmente a sopperire ai bisogni della vita quantunque non dovute a titolo rigoroso di alimenti ma per retribuzione di opere e servigi. Codesta assimilazione non può recar sorpresa in quella legislazione giacchè nell'art. 2272 cod. franc. tanto l'azione dei maestri per il prezzo dell'opera loro, quanto l'azione dei domestici per il pagamento del loro salario sono misurate alla stessa stregua e colpite dalla stessa prescrizione annale. Invece il Codice Italiano, seguendo i giureconsulti romani e la maggioranza degli scrittori come il Troplong ed il Marcadè con i più illustri giureconsulti di quella nazione, distingue ragionevolmente le arti liberali e le opere dell' ingegno dalle opere materiali e meccaniche, e quindi, ritenendo che soltanto le prime fossero obbietto di mandato, anche quando si prestassero per compenso di danaro, non confuse come il Codice Francese sotto una stessa disposizione i domestici, operai e giornalieri con i maestri adibiti per lezioni ad anno od a mesi (art. 2271 , 2272 Codice Napoleone 2139, e 2140 Codice Italiano).

Difatto Papiniano disse per le arti liberali : *salarium non esse mercedem*, *sed honorarium sive honorem*, e generalmente, come a tempo dei romani, così oggigiorno fra noi è accettato il responso : *Sed quod interveniat salarium*, *honorarium*, *non ideo minus est mandatum*. Nè per altre ragioni il Codice Italiano, nell' art. 2140 ha trattato alla stessa guisa, in riguardo alla prescrizione, così i professori di arti liberali, lettere o scienze, come i medici, avvocati , procuratori , notai , ingegneri , ed architetti. In quella vece , per l' art. 2273 del Codice Francese, l' azione dei patrocinatori per il pagamento dei loro onorarii è considerato in modo esclusivo e differentemente da tutti gli altri professionisti, quasichè per questi soltanto la *locatio operis* prevalga al mandato , per farsi speciale onore unicamente all' ordine amplissimo dei togati forensi. Eppure oggidì fra noi parrebbe strano , se la interpetruzione seguìta dalla Corte di Appello in riguardo agli articoli 2140 e 2144 per i professori di scienze e maestri di arti liberali si ritenesse applicabile agli avvocati , procuratori , notai , con la prescrizione quinquennale per il pagamento delle loro spese e dei loro onorarii.

Premesso ciò, questo Supremo Collegio con sentenza dei 17 aprile 1891 sui ricorsi del Comune di Pollica e della maestra elementare del Comune stesso, dichiarò a buon dritto, che, abbandonata dal Comune la prescrizione triennale, per la confessione di non aver soddisfatto le somme richieste, gli era da altra parte logicamente impedito d'invocare la prescrizione quinquennale. Anzi precedentemente avea dichiarato con maggior precisione che non è prescrivibile in cinque anni lo stipendio al quale han diritto gl'impiegati governativi o di altre pubbliche Amministrazioni, e che nelle disposizioni generali dell'art. 2144 nè trovansi enunciati gli stipendi pagati ad anni od a mesi, nè vi si possano comprendere, sia perchè sembra impossibile che un impiegato non riceva lo stipendio pel corso di cinque anni, sia perchè lo Stato e le Pubbliche Amministrazione, più che i privati cittadini debbono prestare ossequio alle legge e non ledere i diritti altrui (6 nov. 1882 Amendola - Ferrovie Romane).

Considerando che a conferma di questa dottrina non mancano scrittori italiani i quali nel commento dell'art. 2140 ritengono che quando lo stipendio stabilito ad anno si paghi in dodici rate uguali per ogni mese, sarà sempre vero che il maestro o professore è stipendiato ad anno, e tanto basta per applicargli quell'articolo escludendosi l'altra disposizione dell'art. 2144. Aggiungasi che, come il giuramento non può deferirsi a casi diversi dalle brevi prescrizioni limitate dagli articoli 2137, 2140, alla stessa guisa quelle ipotesi non possono assolutamente trasportarsi sotto le disposizioni degli articoli 2143 e segg. riferibili alle sole prescrizioni estintive: *in toto jure generi pro specie derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*

Considerando in fine che anche per altre ragioni tratte dal giure amministrativo non può adottarsi il concetto della prescrizione estintiva in favore del Comune, se pongasi mente che essa è fondata principalmente sul principio d'impedire il cumulo delle annualità o interessi di capitali fruttiferi ed evitare la rovina del debitore, e che per contrario cotesto pericolo non possa temersi col sistema di contabilità ordinato per le finanze comunali. Di fatto, se egli è vero che il bilancio così dello Stato come degli altri enti giuridici, che direttamente ne dipendono, è diviso in due parti, competenza e residui, da ciò stesso segue che non pagato in un anno il maestro elementare signor de Lorenzo, la relativa somma non poteva esser compresa nel fondo di competenza, dovendo invece rimanere come impegno o materia di mandato a lui pagabile sullo stesso articolo negli anni successivi.

Per queste norme contabili adunque, ciascun vede che dovendo il residuo considerarsi come un fondo per sè stante non poteva esquilibrare la finanza del Comune di Salza, e per ciò stesso esula uno degli estremi fondamentali della prescrizione quinquennale, dedotta ed ammessa in secondo grado.

Considerando che a tutte queste ragioni indarno si oppone dal Comune ricorrente l'ultimo inciso dell'art. 2144, in cui è detto che si prescrive col decorso di cinque anni tutto ciò che è pagabile ad anni ed a termini periodici più brevi. *Nulli dubium* che questa disposizione si riferisca ai crediti di natura identica a quelli delle annualità enunciatl *demonstrationis causa* nell'art. stesso e che vada intesa per tutto ciò che è come un debito principale pagabile ad anno o a termine periodico più breve; altrimenti dovrebbe esten-

dersi contro la *mens legis*, anche ai debiti, ai capitali ed alle somme fisse e determinate, ripartite in rate annue o semestrali o più brevi ancora, il che niuno finora ha sostenuto o potrà sostenere per l'avvenire finchè non saranno mutate le disposizioni legislative, innanzi esaminate.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

20 ottobre 1903

Pres. ff. Abatemarco — P. M. Cammarota (concl. conf.) — Est. Burali d' Arezzo

Labonia - de Rosis

Cassazione — Ricorso — Più ricorrenti con interessi distinti — Unico deposito — Inammessibilità. Art. 500, 521 cod. pr. civ.

È inammessibile il ricorso proposto con unico deposito e con motivi particolari a qualcuno dei ricorrenti, ancorchè si voglia circoscriverlo ai soli motivi comuni.

La inammessibilità va rilevata anche di ufficio, e non occorre che il resistente abbia proposto apposito controricorso nel termine di legge (1).

La Corte osserva che il sig. Antonio Colamaria istituiva erede universale il sig. Francesco de Rosis, il quale dapprima accettava la eredità col beneficio dell' inventario, ma di poi a norma dell' art. 968 cod. civ. cedeva i beni tutti ereditarii ai creditori e legatarii.

Sostituito nell' amministrazione del patrimonio ereditario al sig. de Rosis il sig. Raffaele Guida, venivano espropriati gl'immobili della eredità davanti il Tribunale di Rossano e nel giudizio di graduazione il sig. de Rosis chie-

---

(1) Per i precedenti giurisprudenziali veggasi la nota alla sentenza del 3 luglio 1903, num. 3, pag. 86. Qui poi la suprema corte confonde la *identità dell' interesse* (che consiste nella identità di *titolo* e di *oggetto*), richiesta dal capoverso dell' articolo 521, con la *identità dei mezzi* di ricorso. I quali sono tutt' altra cosa, potendo l'interesse essere identico per più persone e valersi ciascuna di mezzi di ricorso proprii, oltre a quelli comuni. La corte dice esplicitamente che per l' unico deposito di multa, nel caso di più persone che propongono il ricorso, « è necessaria la identità dello interesse; *debbono in breve i motivi del ricorso essere comuni a tutti i ricorrenti* ».

Eppure e della maggiore evidenza che se con la identità di titolo e di oggetto accade di solito in più persone di avere comuni i mezzi di ricorso, non è detto che qualcuna non possa pure invocare qualche mezzo a sè particolare. Interpretare in questi casi la legge draconianamente, col dire che, « rigettandosi il ricorso nello interesse di un ricorrente. non lo si potrebbe discutere nello interesse dell'altro ricorrente, dacchè per quest' ultimo il ricorso rimarrebbe senza deposito », è cosa estranea alla invocata ragione della legge quasi quanto sarebbe estranea la pretesa di chi volesse tanti depositi quanti sono i mezzi di ricorso, perchè, rigettato il ricorso per uno dei mezzi, non si potrebbe passare alla discussione degli altri.

Con tutto ciò, bisogna dire che la Corte abbia deciso bene, perchè, nella specie, pare che non vi fosse vera identità di interesse almeno per tutta la materia del contendere, nè questa fosse unica, perchè invece era varia e diversa.

V. G.

deva esser collocato con prelazione ad ogni altro credito tanto per la tassa di successione pagata con proprio danaro quanto per talune altre spese da lui sostenute come erede beneficiato: alla lor volta i coniugi signori Giovan Battista Rapani e Carmela Labonia avanzavano anche essi domanda chiedendo costei nel proprio nome la collocazione dei suoi crediti ed il signor Rapani la ammissione di altri proprii e distinti crediti di lui.

Nello stato di graduazione venivano collocati tanto il signor de Rosis con prelazione per le diverse partite di credito da lui richieste quanto i coniugi signori Rapani e Labonia ed altri creditori concorsi.

Sulle osservazioni allo stato di graduazione il Tribunale di Rossano provvedeva con sentenza del 5 novembre - 10 dicembre 1900 e sugli appelli prodotti da tale sentenza la Corte di Appello di Catanzaro emettea il suo pronunziato nel 21 dicembre 1902.

Avverso questa sentenza propongono ricorso per cassazione i coniugi Rapani e Labonia chiedendone l'annullamento per dieci motivi.

Osserva che per le combinate disposizioni degli art. 500 e 521 cod. pp. cc. si richiede un sol deposito semprechè tutti i ricorrenti hanno lo stesso interesse ed impugnano la medesima sentenza con gli stessi mezzi; ma quando invece deducono essi mezzi speciali e distinti, in siffatta ipotesi l'unico deposito rende inammessibile il ricorso. In vero pel ripetuto art. 500 mediante un solo deposito possono più persone aventi lo stesso interesse proporre domande in rivocazione purchè con un solo atto, epperò vi occorre una duplice condizione per l'ammessibilità del ricorso cioè non solo la unità dell'atto, ma eziandio la identità dell'obbietto controverso per potersi fare da più ricorrenti un sol deposito, il perchè ove abbiano essi distinti ed opposti interessi vien meno il requisito essenziale richiesto dal ripetuto art. 500.

Ribadisce codesto concetto in ordine alla identità d'interesse dei ricorrenti non solo la parola della legge, ma anche più la *ratio legis*, imperocchè ove unico sia il deposito e distinti e separati i motivi del ricorso, rigettandosi il ricorso nello interesse di un ricorrente, non lo si potrebbe discutere nel riguardo dell'altro ricorrente, dacchè per quest'ultimo il ricorso rimarrebbe, senza deposito; ond'è che per l'unico deposito di multa nel caso di più persone che lo propongono è necessaria la identità dello interesse; debbono in breve i motivi del ricorso esser comuni a tutti i ricorrenti.

Che nella specie se è vero che i primi 5 mezzi ed il 10° del ricorso sono comuni ai coniugi signori Rapani e Labonia e se pur deve ritenersi comune l'altro relativo alla collocazione del credito dotale della Labonia, non è a dubitare d'altronde che il 7° l'8° ed il 9° mezzo del ricorso, lungi dall'esser comune ai detti coniugi riguardano unicamente lo interesse del sig. Rapani.

Infatti il 7° mezzo si riferisce ad un credito proprio di costui di L. 2379,90, l'8° riguarda la ammissione con privilegio di una annata di fitto del fondo a lui aggiudicato ed il 9° riflette la differenza di interessi richiesta per altro suo credito esclusivo, sicchè ove venissero rigettati tutti gli altri mezzi comuni vi rimangono sempre i detti tre mezzi 7° 8° e 9° pei quali non vi è certo identità d'interessi tra i due ricorrenti, essendovi affatto estranea la signora Labonia. Oltrechè pel 7° mezzo vi concorre pure la manifesta opposizione d'interessi tra la signora Labonia ed il signor Rapani, dappoichè

mentre questo lamenta col ricorso essergli stata negata la collocazione per l'annata di fitto a lui aggiudicato e la richiede con privilegio, la signora Labonia come creditrice ipotecaria ha interesse ad opporsi a tale collocazione che pel privilegio domandato verrebbe a pregiudicarla essendo stata ammessa tra gl'ipotecarii.

Se dunque evvi non identità ma conflitto di interessi tra i due ricorrenti la inammessibilità del ricorso da essi proposto con unico deposito in testa di amendue emerge manifesta; nè rileva che il sig. Rapani abbia interesse in tutti i dieci motivi, dacchè se il ricorso si è proposto non già da lui soltanto ma anche dalla moglie Labonia che nel giudizio di graduazione nel proprio interesse avanzò domanda e venne collocata personalmente, si rientra senza dubbio nella ipotesi dei due ricorrenti che hanno con unico deposito dedotto taluni mezzi non comuni ad amendue ma speciali, distinti, e persino contrarii allo interesse dell'altro ricorrente.

Che neppure potrebbe approdare l'assunto di doversi circoscrivere per lo meno la ammessibilità del ricorso ai soli mezzi comuni ai due ricorrenti, imperocchè vi si oppone la disposizione dell'art. 521 cod. proc. civ. per lo quale il ricorso deve esser preceduto dal deposito di multa e nel termine utile e perentorio è mestieri eseguire il deposito di multa, notificarlo alla parte avversa e farne la consegna in cancelleria; epperò non può che riconoscersi il diritto quesito del resistente a far dichiarare inammessibile il ricorso per essersi proposto da due ricorrenti con unico deposito mentre dei detti due ricorrenti uno dedusse mezzi speciali ed opposti all'interesse dell'altro. È ovvio poi che la inammessibilità del ricorso per mancanza del deposito va anche di ufficio proposta e quindi non è vietato al resistente dedurla in udienza, nè si rientra nei casi in che occorre proporre controricorso nel termine di legge: art. 528 e 531 cod. pp. cc.

Per questi motivi — La Corte dichiara inammessibile il ricorso.

3 novembre 1903

Pres. ff. Abatemarco — P. M. Cammarota (concl. conf.) — Est. Lomonaco
Franchi-Berlingieri

Espropriazione — Processo verbale di cui all'art. 669 proc. civ. — Se debba riferirsi solo all'operato dell'usciere presso il Tribunale dove si fa l'espropria od anche a quello degli altri. Art. 669 proc. civ. 235 reg. gen. giud.

Dal processo verbale di cui all'art. 669 proc. civ. deve risultare, a pena di nullità, l'attestazione delle notifiche, pubblicazioni ed affissioni eseguite da tutti gli uscieri che vi abbiano concorso.

Attesochè invece è fondato il terzo motivo col quale si propone la questione dell'interpetrazione dell'art. 669 cod. proc. civ.

È da notare che la prescrizione del medesimo è a pena di nullità per il seguente art. 707.

La legge impone che l'usciere faccia risultare delle notificazioni, pubblicazioni, affissioni e dei depositi degli esemplari del bando mediante processo

verbale da consegnarsi entro giorni tre alla Cancelleria del Tribunale, e lo art. 235 del Regolamento generale giudiziario dispone che i creditori debbono essere indicati secondo l'ordine delle iscrizioni. Sorge disputa se allorquando non uno, ma più uscieri abbiano proceduto a tali atti, il processo verbale debba contenere soltanto la menzione di quanto fu eseguìto dall' usciere procedente, cioè da quello addetto al tribunale ove deve aver luogo la vendita, ovvero se debbano esservi comprese le operazioni commesse ed eseguìte dagli altri.

Atteso che questo Collegio ritiene, che per la parola della legge e per la mente del legislatore, il processo verbale debba essere il quadro reassuntivo e compiuto di tutte le operazioni, e non di quelle eseguìte da un solo usciere, che debba costituire un mezzo facile spedito e sicuro per ognuno che v' abbia interesse per accertarsi senza alcuna dubbiezza che la vendita sotto un tal riflesso, non possa esser impugnata, ed il verbale verrebbe meno al suo fine, se fosse monco ed incompiuto, e se colui che volesse concorrere agli incanti, non vi trovasse quanto gli occorre conoscere per la sicurezza dello acquisto.

Nè con ciò un ufficiale giudiziario usurpa le funzioni dell' altro, perchè trattasi di un atto speciale, e pel quale non si travalica l'ambito a ciascuno commesso.

6 novembre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Est. CIANCI DI SANSEVERINO

Giambarbero - Izzi

Appello tra coappellati — Se possa proporsi senza citazione.

Prove raccolte in giudizio — Se possano invocarsi da chi interviene od è chiamato in causa.

L' appello di un appellato contro un coappellato, proposto senza regolare atto di citazione, in forma di appello incidente da un capo della sentenza estraneo all' appellante principale, è inammessibile. (1)

L' interventore od il chiamato in causa, che accetta il giudizio nello stato in cui si trova può bene invocare le prove in esso raccolte per conchiudere contro una delle parti in causa.

(*Omissis*).

Col 1° sostiene che la Corte erroneamente dichiarò inammessibile l'appello incidentale di lui, ritenendo che per non essersi egli gravato in via princi-

---

(1) La tesi è pacifica nella giurisprudenza. Vedi App. Palermo 28 ottobre 1899 (*Foro Sic.* 1900, 125); App. Trani 29 Maggio 1900 (*Riv. Giur.* 1900, 727); App. Catanzaro 2 marzo 1900 (*Gazz: Proc.* XXXI, 68); trib. Napoli 31 luglio 1901 (*Gazz. Proc.* XXXI, 249).

Però, l' appello incidente può, per eccezione, proporsi contro il coappellato, quando il rapporto giuridico, che univa i collitiganti in primo grado sia tale, che in vista dell'appello principale, sorga per necessità di difesa il diritto di querelarsi contro l'appellato. Così decise la Cassazione di Palermo a 22 Dicembre 1899 (*Dir. e Giur.* XV, 871).

pale contro la sentenza la quale deferì il giuramento alla signora Ciccullo, potea questa invocare la sentenza medesima, come cosa giudicata a suo favore. Proposta così la questione al Supremo Collegio, appare ad evidenza che la censura sia insussistente, giacchè è principio costante di giurisprudenza fondato sul testo espresso e sullo spirito che anima l' art. 487 P. C. che lo appello per incidente, siccome riveste il carattere di convenzione, così non può esser proposto che dall' appellato contro lo appellante principale, non mai contro altro coappellato.

Di fatto, l' art. 487 prescrive che l' appello incidentale deve proporsi con la prima risposta, e da ciò risultano evidentemente i termini di correlazione tra appellante ed appellato; tanto più che una comparsa non può aver mai l' aspetto di risposta a persona che non propose alcuna domanda. D' altra parte l' appello incidentale riposa sopra una presunzione di acquiescenza alla pronuncia di primo grado, a condizione che la pronuncia medesima sia accettata anche dalla parte avversaria, condizione che manca per effetto dell' appello proposto da quest' ultima. Svanita la condizione a cui l' acquiescenza era vincolata, risorge nell' appellato il diritto non solo di difendere la sentenza dei primi giudici nelle parti favorevoli, ma anche di oppugnarla nelle parti a lui contrarie, nello stesso modo che dalla dimanda dell' attore nasce nel convenuto il diritto di proporre dimande riconvenzionali. Ma trascorso il termine ordinario dell' appello senza che la sentenza sia oppugnata da chi vi ha interesse, e la sentenza medesima passa in giudicato e resta impedito il gravame sia principale, sia incidentale. E ciò vale anche nel caso di pronuncia composta bensì di più capi distinti, ma contro diverse persone. In siffatte contingenze l' appello proposto contro uno di cotesti capi non autorizza il convenuto in appello a gravarsi per incidente sopra altro capo, non contro l' appellante principale, ma contro l' altro coappellato, per la evidente ragione che nei rapporti degli ultimi due, trascorso il termine ordinario dell' appello, la sentenza acquista l' autorità di cosa giudicata.

Applicando tali principii alla specie, occorre innanzi tutto rilevare che la signora Ciccullo in primo grado contro le conclusioni dell' attore Giambarbera chiese rigettarsi tanto la domanda primordiale quanto la successiva dei 22 settembre 1899 contro il chiamato in causa sig. Izzi, e mentre il De Blasio conchiuse rigettarsi la dimanda in garentia contro di lui, d' altra parte il sig. Izzo chiese si fosse dichiarata inammessibile per carenza di diritto e di azione la istanza di settembre 1899, che, *inter moras judicii*, il Giambarbera aveva spinta contro di lui. Ora essendo indiscutibile l' interesse della signora Ciccullo a mantenere la sentenza che le deferiva il giuramento e rigettava tutte le contrarie eccezioni, ciascun vede che l' appello proposto dal signor Izzi contro di lei, non autorizzava gli altri contendenti ad appellare incidentalmente contro quella parte della sentenza che respingeva le eccezioni opposte al giuramento, sia in rapporto all' appellante principale, sia contro la coappellata Ciccullo. Se essi Giambarbera e de Blasio avessero inteso conservare le loro ragioni che supponevano disconosciute dai primi giudici, avrebbero dovuto appellarsi in via principale, e se ciò non fecero, debbono imputare a loro stessi, che trascorso inutilmente il termine assegnato dalla legge a produrre l' appello principale fu tolto loro il mezzo legale, per di-

mandare il secondo esame, intorno alle rispettive ragioni, sulle quali la sentenza del tribunale, come ben disse la Corte di merito, passò in cosa giudicata.

Egli è vero che bisogna rifuggire da ogni eccessiva restrizione della legge e che gli articoli 485 e 487 P. C. prescrivono che l' appello incidentale si propone con comparsa contro qualunque capo della sentenza e non fanno alcuna distinzione. Ma non è men vero che le pronuncie dei magistrati sono divisibili per quante sono le disposizioni contenute nelle diverse statuizioni: *tot capita*, *tot sententiæ*; ond' è preferibile la massima che l' appellato può con l' appello incidente oppugnare quei capi che trovansi investiti dall' appello principale, ma non i capi che vi sono estranei o si riferiscono a persone diverse dall' appellante principale. Sicchè il primo motivo del ricorso, come quello che sostiene la tesi contraria combattuta in dottrina e giurisprudenza, non è punto meritevole di accoglimento.

Considerando che, in riguardo al 2° motivo, a ragione il ricorrente si duole che la sentenza deviò dalle norme di legge.

In vero è fuori dubbio che, per l' unicità della causa, essendo incontestabile che niuna delle parti chiese la separazione delle dimande proposte dal signor Giambarbera, contro i varii convenuti, la Corte non poteva esimersi dall' obbligo di decidere la causa medesima così in rapporto alla Ciccullo e De Blasio, come in riguardo al sig. Izzi. Aggiungasi che questi, in primo e secondo grado, aveva sostenuto in merito che dalla prova raccolta non era risultato il pagamento che la Ciccullo diceva essersi dal defunto coniuge puntualmente adempiuto nelle mani di esso Izzi.

Premesso ciò, la denunciata sentenza sconosce il principio più volte affermato così da questa come da altre Corti Supreme, e cioè che le prove raccolte nei rapporti dell' attore e convenuto possono pur discutersi ed invocarsi dai tardivi intervenienti o chiamati in causa, e che, quando essi non presentano ostacoli da ritardare la decisione della causa principale, poichè le prove hanno per iscopo di raggiungere la verità, è impossibile qualsiasi distinzione fra le parti litiganti e dire inapplicabili per alcun di loro le conseguenze di una compiuta istruttoria. Ammesso adunque che il signor Izzi accettò il giudizio nello stato in cui si trovava, proponendo conclusioni di merito, la Corte evidentemente fu dominata da erronei criterii di legge, allorquando disse che le risultanze nei mezzi istruttorii non potevano essere valutate e discusse in confronto di Antonio Izzi, quantunque egli, in primo e secondo grado, li avesse esaminati, conchiudendo alla condanna della signora Ciccullo. Posto ciò è ben giusto il rimprovero che si muove alla sentenza di avere arbitrariamente scissa la unità del giudizio contro il giudicato e la volontà delle parti, confondendo la chiamata in garentia, giudicando *ultra petita* e sconoscendo le norme direttive intorno alla contestazione della lite.

Per queste ragioni — La Corte cassa ecc.

29 agosto 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. ROMANO
Guerrieri-Mancini

Forniture di generi a non commercianti — Azione del fornitore — Prescrizione — Se sia estintiva o presuntiva. Art. 282 e 541 del cod. di comm. del 1865; 917 del cod. di comm. del 1882 2139 e 2142 cod. civ.

L' art. 2139 del codice civile è applicabile anche al caso di somministrazioni fatte da commercianti a non commercianti essendo rimasta in vigore nella materia commerciale quella prescrizione, pur dopo soppressone il richiamo nel nuovo codice di commercio. (1)

Osserva in dritto: Che questo Supremo Collegio ha già altra volta affermato (di Napoli ed Astuti: 11 settembre 1893) il principio che lo art. 2139 Cod. civ. sia rimasto nel suo pieno vigore pur dopo la pubblicazione del

---

(1) I. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che la prescrizione resta presuntiva e basta ricordare le seguenti sentenze: Cass. Torino 30 giugno 1893 e 23 luglio 1895 (Foro ital. 1893—I 1067 e Repertorio 1896 n. 35); Cass. Firenze 2 aprile 1903 (Foro 1903, 1, 543) ed ora Cass. Napoli 7 luglio 1903.

Nella dottrina le opinioni sono divise: Sostengono che la prescrizione sia estintiva il MORTARA Commento al cod. di Comm. n. 156-163; il MARGHIERI, Manuale n. 1046 e 1064; il VIDARI, vol. IX n. 9091-9092; l' OLIVIERI, *Temi Veneta* 1893 n. 13; il PAGANI, *Legge* 1893 pag; 123. Sostengono invece che la prescrizione sia presuntiva il VIVANTE Trattatò IV, n. 2070 e 2072; il BOLAFFIO Comm. al cod. comm. 1, 316; il PUGLIESE, Prescrizione estintiva n. 370; PIPIA nello Annuario critico 1862 pag. 61; il PICCAROLI Giurisprudenza 1893, 335.

Noi propendiamo per questa ultima opinione che ci sembra la più esatta.

Alcuni articoli del vecchio codice in tanto stabilivano la prescrizione presuntiva in quanto nel loro ultimo capoverso rimandavano all'art. 2142 cod. civ.; ora, tolto a detti articoli l' ultimo capov. ed il rimando, è rimasta puramente e semplicemente la prescrizione senza alcuna facoltà di deferire giuramento, ossia la prescrizione è diventata estintiva.

Ma ciò solo per quegli articoli per cui non vi è il rimando all'art. 2142, mentre negli art. 2138 e 2139 cod. civ. non essendo stato soppresso il rimando, le prescrizioni contemplate in essi seguitano ad essere presuntive.

Insomma supponiamo che gli art. 2138 e 2159 e 2142 cod. civ. fossero stati scritti nel codice di commercio antico e trasportati tali e quali nel nuovo. La soppressione del richiamo negli altri articoli e non in essi; avrebbe mutato solo la natura dalla prescrizione dei primi.

Diversamente dovrebbe opinarsi, nel caso che il nuovo codice di Comercio avesse con una disposizione generale sancito che nelle prescrizioni commerciali non è ammissibile il giuramento di cui nell' articolo 2142 cod. civ. Una tale disposizione avrebbe distrutta quella del cod. civ. per le prescrizioni in materia commerciale.

Ciò posto, non ha pregio la osservazione in contrario che il richiamo dell' articolo 917 cod. di comm. alle minori prescrizioni stabilite nelle altre leggi, debba intendersi solo per la durata della prescrizione e non anche per la natura della stessa: richiamata una prescrizione minore, senza alcuna limitazione espressa, bisogna intenderla richiamata in tutto il suo tenore.

vigente codice di commercio, e ben ponderati gli opposti argomenti per la soluzione della rispondente quistione, non crede di mutare la sua giureprudenza.

II. Si soggiunge che se è estintiva la prescrizione dell'azione del non commerciante contro il commerciante, estintiva deve essere anche quella del commerciante contro il non commerciante e ciò per l'art. 915 cod. di comm. che prescrive che le azioni derivanti dagli atti commerciali anche per una sola delle parti si prescrivono per tutti i contraenti in conformità della legge commerciale.

Tale argomentazione pare di una certa efficacia all'insigne Bolaffio, il quale si affretta a dichiarare (Foro Ital. 1903, 1, 543 nota):

« L' equivoco risiede nel supporre che di fronte alla prescrizione annuale, semplice presunzione di pagamento opponibile dal consumatore al commerciante che « chiede il pagamento delle provviste, vi sia una correlativa prescrizione commerciale di carattere estintivo opponibile dal commerciante all' azione del consumatore, il che non è — Ciò che la legge ha stabilito all' art. 915 è soltanto « questo: che nei *contratti misti* (nei quali all' obbligazione commerciale di una « parte si contrappone l'azione civile dell'altra) *il termine prescrizionale è identico « per ambedue le obbligazioni ed è precisamente il termine fissato dalla legge commerciale* — Ma se la *legge commerciale* (quale è l' art. 2139 n. 3) fissa una presunzione di pagamento dopo un anno per le provviste somministrate dal commerciante al consumatore questa disposizione in che modifica la norma generale « del codice di commercio contenuta nell'art. 915? ».

Coll'ossequio dovuto all'illustre professore, ci sia lecito di dire che egli interpetra in un modo erroneo l' art. 915 cod comm., e che non vi è nulla di strano che l'azione del commerciante sia soggetta ad una prescrizione annuale presuntiva ed indi a quella decennale, e che l'azione del consumatore sia soggetta semplicemente a quella decennale.

L' art. 915 cod. comm. stabilisce solo che alle azioni sì dell'una che dell'altra parte si applicherà la prescrizione secondo la legge commerciale, vale a dire anche a quella del non commerciante si applicherà la regola che la massima prescrizione è quella decennale, salvo le più brevi stabilite dalle leggi speciali; anche a quella del non commerciante si applicherà la regola che la prescrizione còrre anche e verso i militari in servizio attivo di guerra, contro la moglie e contro i minori ancorchè non emancipati e gli interdetti, salvo regresso contro il tutore.

Ma l'art. 915 non significa punto che il termine prescrizionale, di dieci anni o meno, debba essere uguale per le due parti: il nostro codice molte volte parla in genere di azioni derivanti da un contratto ed allora è evidente che la prescrizione è uguale per tutte le azioni sia dell'nna che dell'altra parte; ma lo stesso codice altre volte parla di azioni spettanti ad una delle parti e in tal caso non è possibile supporre che abbia inteso parlare anche delle ragioni dell'altra parte.

L'art. 926 cod. di comm. stabilisce che le azioni *contro il vettore* derivanti dal contratto di trasporto si prescrivono col decorso di sei mesi o di un anno a seconda del luogo dove fu fatta la spedizione, ma da ciò non si arguisce che anche le azioni del *vettore* si prescrivono in sei mesi o in un anno.

D'altronde gli stessi avversarii ammettono che le azioni degli avventori contro gli osti e i locandieri, di chi ricevette le somministrazioni contro chi le fece ecc.— si prescrivono in dieci anni — (Vidari n. 9090) e non in sei mesi od un anno.

III. Il Bolaffio continua: « Il vizio dell' argomentazione è dunque quello di considerare che l' art. 2139 al. 3 è legge commerciale. E poichè il codice di commercio posteriormente applicato non ha provveduto alla situazione prevista in « quell' articolo, così non l' ha neanche abrogato nè in tutto nè in parte. *Quella*

Che, in effetti, se è vero che per l' art. 115 del cod. di comm. vigente, viene stabilito, in difformità di quello precedente prescriversi le azioni derivanti dagli atti che sono commerciali, anche per una sola delle parti, per tutti i contraenti in conformità della legge commerciale, vero è pure che esso è seguìto dall' articolo 117, il quale, lungi dal contenere una qualsiasi abrogazione al riguardo, mentre prescrive il tempo richiesto per la prescrizione ordinaria, accenna alle più brevi poste nel medesimo codice *ed in altre leggi* e tutte le conserva siccome sono.

Nè poi vi ha antinomia tra il principio del cennato art. 915, e la disposizione dell' art. 2139 del cod. civ. perchè quest' ultima, più che una vera prescrizione, che valga a mortificare un azione, implica e pone una semplice presunzione di pagamento, sicchè si può distruggerne l'effetto mediante il giuramento, ed anzi dall' inizio viene a mancar di efficacia se per pruova precostituita, o per confessione del debitore risulti non avvenuto il pagamento.

Che ciò più evidente appare quando si consideri che la materia stessa su cui versa l' art. 2139 cod. civ. meritar doveva anche nei riguardi commerciali una speciale considerazione, per comprendervisi quelle piccole continuate somministrazioni di merci eziandio alimentari, cui repugnerebbe una più lunga prescrizione e ben vi si attaglia invece una presunzione di pagamento.

Ciò pertanto non vuol dire, come erroneamente ha ritenuto la sentenza impugnata, che queste somministrazioni soltanto formino l' obbietto di quell'articolo, mentre i termini di esso sono generali sì da comprendere ogni specie di merci qualunque siane l'importanza parlandovisi di *merci vendute*.

« *legge commerciale continua a regolare la situazione nel modo con cui la regolava* « *prima*, consentendo perciò al commerciante a cui il consumatore oppone la pre- « scrizione annuale di deferirgli giuramento decisorio che avvalori la presunzione « legale del pagamento. »

La redazione della *Giurisprudenza Italiana*, e crediamo sia proprio il *Mortara*, giustamente con una nota alla stessa sentenza, (Giurisp. Ital. 1903-I-1-566) osserva che per l'art. 91 del vecchio codice di comm. le obbligazioni nascenti da un contratto erano regolate dalla legge civile o commerciale avuto riguardo alla persona del convenuto; che in conseguenza l'azione del commerciante contro il non commerciante, convenuto, era regolata dalla legge civile e quindi anche la prescrizione dell'azione del commerciante era regolata dalla legge civile.

Ma veramente, noi non comprendiamo perchè il Balaffio si affatichi ad affermare che la disposizione dell' art. 2139 cod. civ. al 3, era commerciale, anche sotto il vecchio codice, e perchè il Mortara si affatichi per l'apposita tesi.

Ammesso che era legge commerciale, essa era in correlazione perfetta coll' antico codice che ammetteva la delazione del giuramento.

Oggi però, per l'art. 915 è indiscutibile che le disposizioni dell' art. 2138 e 2139 cod. civ. al. 3 sono legge commerciale, e nessuno ne dubita, ma è pure indiscutibile che essa è completata dall'art. 2142 cod. civ. non abrogato da alcuna disposizione.

In ogni modo, versandosi in materia di prescrizione, ossia di perdita di diritti, tutto consiglia a non applicare alcun argomento di analogia, ma nel dubbio propondere per l' opinione che il diritto non sia definitivamente estinto, ma solo presuntivamente.

avv. G. Morvillo

Che non implica una quistione di fatto il giudizio del tribunale circa l'uso, commerciale o no, fatto del crivello, dal compratore.

A voler pure ritenere che le parole dell' art. 2139 cod. civ. *non ne facciano commercio* indichino non un negoziante del *genere*, ma l' uso commerciale nel caso speciale (il che non è facile sostenere anche a fronte del codice francese che dice: *marchand*) egli è chiaro che erra il tribunale, quando lungi di fondarsi in argomenti di fatto, crede di esaurire il suo compito al riguardo facendo ricorso ad una mera supposizione.

Per tali motivi: La Corte cassa e rinvia ecc.

10 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl diff.) — Est. BIANCO
Credito Irpino — Vitelli

Cambiale — Azione di arricchimento — Se competa contro i giranti. Art. 326 cod. di comm.

L'azione di indebito arricchimento concessa al possessore della cambiale compete contro i giranti, quante volte si dimostri che furono tali solo in apparenza ma in realtà furono traenti.

Che il ricorso, censurando il punto di vista giuridico, donde la sentenza ebbe pigliato le mosse per la risoluzione della lite, si è apposto al vero; non può di conseguenza non essere accolto.

Il tribunale in effetti, traendo, dall' un canto, argomento dalla parola dell' art. 326 cod. comm. per la cui virtù, non ostante la decadenza dell'azione cambiaria, permane sempre l' obbligazione, tanto del traente della cambiale verso il possessore per la somma della quale quegli altrimenti trarrebbe indebito profitto a' costui danni, quanto dell'accettante di una cambiale tratta o l'emittente di un vaglia cambiario, nel caso di cambiali pagabili in luogo diverso dalla residenza dell'accettante o dell' emittente e presso una persona diversa, e rendendo dall'altro palese il concetto di ragion pura ispiratrice di questa disposizione di legge, vietante, che alcuno arricchisca a danno altrui, fu indotto a negare al possessore del titolo contro i giranti il beneficio, non spregevole, dalla sapiente disposizione codificato.

Perocchè per costoro l'indebito arricchimento a danno del possessore non sarebbe possibile, pagando essi la valuta nel ricevere il titolo, ed incassandola, a loro volta, nel momento che ad altri lo girassero. A queste conclusioni però così rigorose, cui la sentenza perviene, cogliendo troppo angustamente il senso letterale dell'articolo, non può plaudire questo supremo collegio. È pur vero che lì non è fatto motto dei giranti, consentendovisi al possessore del titolo la azione di indebito di arricchimento, contro quei che, ai suoi danni, abbian tratto illecito lucro dal negoziar del titolo stesso. Ma, d' altra parte, è pur vero che codesta azione sorge in lui quando la decadenza dall'azione cambiaria sia già avvenuta.

La qual cosa importa che, allorquando il tratto cambiario, dal titolo suo puramente formale assicurato, per la mancata osservanza dei suoi termini, non si potesse più eseguire, e gli apparenti obbligati non potessero essere

dall' azione, che ne deriva, colpiti, si originano, per lo stato di fatto, cui quella decadenza dà luogo, novelli vincoli giuridici, che la legge, in nome di alti principii di suprema giustizia, conforta di sua sanzione. I quali per la natura stessa delle cose, si sostituiscono a quelli, che dal titolo puramente formale, e del quale non può più invocarsi la esecuzione non più scaturiscono. Di qui discende che sebbene l'art. 326 cod. comm. ove stanno i fondamenti dell'azione d'indebito arricchimento, non contempli punto i giranti, pei quali codesto arricchimento non è possibile; non pertanto la dottrina, ed omai la comune giureprudenza per la medesimezza delle ragioni, che lo determinarono, han proclamato, che se, lungi di esser veri e proprii giranti, assumono essi solo in apparenza una tale veste, fornita che ne sia la debita prova, pigliando sostanza e realtà di veri e proprii traenti, vadano tenuti dell'azione stessa. Imperocchè l'interdire in tal caso al possessore della cambiale, decaduto dall'azione cambiaria, l'azione di indebito arricchimento, tornerebbe lo stesso che sconoscere nei suoi effetti più veri e reali il principio di suprema giustizia sociale, il vietato indebito arricchimento cioè ispiratore di questa disposizione.

Che, così riguardata la contesa, si parrà evidente il vizio di che è travagliata la sentenza impugnata, perocchè avrebbe dovuto il tribunale, lungi dal dichiararla assorbita, disaminare la quistione, così come la proponeva il Credito Irpino, se cioè alla dimostrazione del suo assunto, che il Vitelli fosse da considerarsi, verso l'Istituto, un vero e proprio traente, il quale per le dichiarazioni del Flaviano Tino, di aver, cioè, apposta allo effetto una firma di favore, avrebbe senza alcun corrispettivo, profittato del danaro, a lui dall'istituto stesso versato, bastassero e le dichiarazioni del Tino, e la forma stessa del titolo che indicava il Vitelli come girante e presentatore di esso allo sconto; o fosse stato mestieri, a raggiunger codesta giustificazione della prova per testimoni.

E qui a precisar bene i concetti non sarà inutile avvertire, che a codesto genere di prova, chiesta dal Credito, e consentita dal pretore, il Credito stesso non portò rinunzia puramente e semplicemente; disse solo che di essa, dati gli elementi, rilevati or ora, non facea, come un fuor d'opera, mestieri.

La finalità non era quindi diversa e tale che presupponeva quell' esame, cui, invece, il giudice di rinvio nel rifare la contestazione dovrà accingersi.

P. q. m. — La corte cassa e rinvia ecc.

31 ottobre 1903

Pres. ff. Salvati — P. M. Cammarota (concl. conf.) — Est. Cosenza
Società di Navigazione — Società trasporti

Contratto di trasporto — Arrivo a destino della merce — Risarcimento di danni — Chi può chiederlo. Art. 381, 411 e ss. Cod. di comm.

Allorchè la merce è giunta a destinazione, non può il mittente domandare contro il vettore di essere risarcito dei danni subiti dalla merce nel trasporto, perchè tale azione compete solo al destinatario.

Passando all' esame del ricorso la quistione importante della causa si è quella di vedere se la società cooperativa di trasporti sia carente di dritto

ad agire contro la società di Navigazione per non essere nè intervenuta, nè nominata nella polizza di carico rilasciata dalla ricorrente.

E su questo punto è a riflettere che l'azione è generata dal diritto che si acquista col contratto.

Il vincolo giuridico che stringe le parti tra loro e che porta per una parte assunzione di un obbligo, fa sorgere nell'altra il diritto a chiederne lo adempimento. Ora, in materia di trasporto per acqua, il contratto di noleggio sta nella polizza di carico e le persone che stringono tra loro vincoli di diritto sono il mittente che dà l'incarico pel trasporto ed il vettore che assume l'obbligo di eseguirlo.

Dritti e doveri adunque per chi commette; dritti e doveri per chi assume l'incarico. E, quando la merce è giunta al suo destino, diritti e doveri pel destinatario che si verificano e sorgono dal fatto dell' arrivo.

Nella specie allorchè a Genova si contrattava il trasporto delle merci giunte poi in Napoli con ritardo, il mittente era la ditta Depile e Ciati, il vettore la società di Navigazione, il destinatario la ditta Palazzi e per essa i negozianti di Napoli. La società di Torino non era che una committente della ditta Depile, la quale agendo come commissionaria a fronte della Società di Navigazione non manifestò il nome della committente e quindi agì in proprio nome.

Il trasporto avvenuto da Torino a Genova restò nell'ignoto a fronte della società di Navigazione e per essa fu un fatto non avvenuto, dovendo la stessa ritenere che le merci provvenivano dal luogo dell' imbarco. Le proteste fatte dopo che il contratto fu conchiuso non alterarono punto i rapporti stabiliti fra le parti al tempo del suo inizio. Adunque la società di Navigazione avea a fronte due sole persone: la ditta Palazzi e la ditta Depile e tra esse si costituirono obbligazioni e dritti scambievoli. La società di Torino era una estranea. E quì giova notare che se per avventura a bordo un danno risarcibile avessero prodotto le merci imbarcate la Società di Navigazione pel capoverso dell' art. 381 Cod. di Comm. non avea azione alcuna da poter sperimentare a fronte della Società dei Trasporti perchè la legge espressamente vieta a chi contratta col commissionario di agire contro il committente.

Nè si può dire, che trattandosi di un trasporto cumulativo, fosse applicabile la disposizione dell'art. 411 C. di C. poichè questa specie di trasporti vanno eseguiti a base di un' unica lettera di vettura accettata da tutti i successivi vettori e non riguardano quei servizii che han luogo mediante contratti separati e distinti i quali non creano alcun vincolo tra un vettore e l' altro.

In questo caso la catena è rotta e ciascun contratto costituisce un tutto a sè, staccato ed indipendente dall' altro.

Quando unica fu la lettera di vettura, la legge, ad evitar circoli viziosi, permette la scelta delle persone tra i vettori a chi risentì un danno del trasporto. Ma se invece i contratti furono separati allora il solo responsabile è colui che contratta.

Ma poi se il danno fu arrecato alla ditta Salazzi destinataria della merce era questa che dovea agire per ottenerne il risarcimento. La società dei trasporti non ha che vedere in questo affare perchè contro di lei nessuna azione erasi proposta.

E se è vero che lo interesse è quello che deve regolare le azioni, quando esso manca, la azione non può esplicarsi. È dunque cosa superflua ogni esame degli art. 411, 398 e 415 cod. di comm. perchè quelle disposizioni di legge accennano alle persone responsabili a quelle contro delle quali l' azione per risarcimento del danno debba sperimentarsi, ma non stabiliscono punto a chi ne spetta lo esercizio.

Per la qual cosa bisogna ricorrere al principio generale di dritto sancito dall'art. 36 della legge di rito che cioè chi ha sofferto la lesione può chiedere la restituzione *in integrum*. Ora se i destinatarii di queste merci tacciono, la ditta di Torino non può farsi innanzi e chiedere quello che i veri interessati non chiedono.

Qui ripiglia la Società dei trasporti che essa ha regolato i conti con i destinatarii delle merci e quindi ne rappresenta i diritti. Ma questo suo discorso resta nel campo delle assertive, perchè mancano le formali cessioni dei destinatarii, manca almeno la loro presenza nel giudizio attuale e la Società di Navigazione resterebbe in conseguenza sempre esposta all' azione dei destinatarii pei quali il presente giudizio *est res inter alios* e tutte le quistioni che ora si stanno agitando tra le parti contendenti sarebbero per essi cosa del tutto estranea.

Essi sono sempre in grado di chiedere per conto proprio il risarcimento di quel danno che la società vorrebbe ad essa attribuito.

Se è così, il 1° motivo del ricorso dev' essere accolto senza passare allo esame degli altri, essendo il 1° sufficiente per far cassare la sentenza impugnata.

Per questi motivi — La Corte cassa ecc.

20 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. CALABRIA
Laurino - Bilotti

Asse ecclesiastico — Vendita dei beni appartenenti allo stesso — Aggiudicatario per conto di terza persona — Estratto del verbale di aggiudicazione intestato al terzo — Se faccia fede dell' accettazione da parte di questo dell' aggiudicazione. Art. 13 della legge 15 agosto 1867 sulla liquidazione dell' asse ecclesiastico.

Lo estratto del verbale di aggiudicazione rilasciato al nome della persona per cui si dichiarò di licitare all' asta, a norma dell' art. 13 della legge sulla liquidazione dell' asse ecclesiastico, fa fede che sia seguìta l' accettazione da parte del terzo fino ad iscrizione in falso.

Atteso che venendo all' esame dei compendiati mezzi di annullamento e delle sostanziali ragioni di decidere del Tribunale di appello, è innanzi tutto fuori dubbio, che la trasmissione della proprietà immobiliare per vendita a pubblici incanti non si possa avverare senza l' adempimento delle formalità dalla legge a tal uopo prescritte.

Per coteste vendite tanto il cod. proc. civ. negli articoli 672 e 678 quanto l' art. 13 della legge 15 agosto 1867 sulla liquidazione dell' asse ecclesiastico

e più ancora gli articoli 97 e 98 del regolamento 29 agosto detto anno per l'eseouzione della legge stessa, ammettono che si possa licitare per persona da nominare, e, secondo la enunciata legge speciale, avvenuta l'aggiudicazione, l'offerente può fare la dichiarazione, e può esser questa accettata dal dichiaratario, all'atto dell'aggiudicazione con la loro firma sul verbale d'incanto. Qualora non siasi ciò fatto, la dichiarazione e l'accettazione debbono seguire, al più tardi entro tre giorni consecutivi mediante atto pubblico, o con firme autenticate da notaio.

Se la dichiarazione non fu fatta nel termine e modi prescritti, l'aggiudicatario è considerato per tutti gli effetti legali come vero ed unico acquirente, giusta l'art. 98 del precitato regolamento.

Le quali cose premesse, è agevole riconoscere che tutta la controversia si condensi nello esaminare se la dichiarazione della persona per la quale l'offerente agiva fu fatta secondo legge: posciachè è nell'adempimento di cotesta formalità sostanziale che le parti discordano.

Il ricorrente sostiene che nel verbale d'incanto, vero atto originale, la dichiarazione e l'accettazione mancano, e che non possono queste essere supplite per equipollenti, quando è solennemente prescritto che, dopo l'atto di aggiudicazione, debbano risultare da atto pubblico, o da scrittura privata autenticata che non si esibiscono e non si afferma neppure che vi siano stati.

A loro volta il Tribunale ed il resistente, dando prevalenza allo estratto sul verbale, conchiudono, che se la dichiarazione e l'accettazione non fossero secondo legge avvenute, l'estratto non sarebbe stato rilasciato a Luigi Bilotti come aggiudicatario, e confortano questa illazione, che traggono dall'indole legale dell'estratto, col riscontro che essa ha in tutte le seguenti circostanze e rilievi. Cioè: che la persona da nominare fu effettivamente dichiarata nei modi e termini di legge, perlochè fu indicato appunto il nome di Luigi Bilotti nell'estratto di cui si discorre; che essendo questo l'unico titolo di trasferimento designato testualmente dall'art. 13 della legge speciale del 1867, esso fa fede del nome dell'aggiudicatario fino ad iscrizione in falso; che l'essersi Antonio Bilotti personalmente presentato a licitare per persona da nominare, con ciò venne ad escludere, che egli volesse essere volontario aggiudicatario; che il prezzo fu nel medesimo giorno della gara versato da Luigi Bilotti, ed a lui fu intestata la relativa quietanza dal Ricevitore che aveva assistito agli incanti; che allo stesso Luigi fu da quel Ricevitore del Registro dato il possesso del fondo aggiudicatogli; che parimenti a favore di Luigi fu eseguita la trascrizione del titolo, e fatta la voltura catastale; che nei due istrumenti del 20 marzo 1877 e 2 novembre 1879, Antonio Bilotti si dichiarò possessore dell'unico fondo Capo d'Acqua senza alcuna menzione od accenno all'altro fondo Tempone; che in seguito avrebbe venduto a Laurino; e che da ultimo cotesta compra vendita si appalesi una finzione diretta a creare in favore di Laurino quel titolo, che gli mancava, per la sperata rivendicazione del fondo Tempone.

Atteso che in tale stato della controversia; sembra a questo Supremo Collegio che preponderanti siano le ragioni a favore della decisione dei giudici di appello; e che tale preponderanza risulti evidente dal valore giuridico che la indicata legge del 1867 attribuisce all'estratto in disputa, dal rapporto

in cui questo trovasi col verbale d'incanto, dalle condizioni che il rilascio di esso suppone adempiute, e dall' Autorità chiamata a farne l' esame.

Dopo, invero, che la legge del 1867 ebbe detto nell' art. 10 che le alienazioni debbono aver luogo mediante pubblici incanti con l' assistenza di uno dei membri della Commissione Provinciale, e dopo aver dettate le norme e condizioni per concorrere alla gara, soggiunge nell' art. 13, che, proclamata la aggiudicazione, l' acquirente debba depositare le somme nello stesso articolo specificate fra dieci giorni, nel quale periodo la Commissione provinciale di sorveglianza istituita con lo art. 7 della stessa legge dovrà esaminare ed approvare, ove ne sia il caso, l' atto di aggiudicazione. Il Prefetto poi, comprovato che sia il versamento innanzi accennato, rilascia all' acquirente un estratto del verbale di aggiudicazione con la menzione dell'approvazione impartita dalla Commissioue, e munito di sua ordinanza esecutiva.

« Questo estratto (prosegue l' art. 13) firmato dal Prefetto, munito del sigillo della Prefettura, avrà forza di titolo autentico ed esecutivo della compra-vendita, in virtù del quale si procederà alla presa di possesso, alla voltura catastale ed alla trascrizione. »

Da cosiffatte disposizioni della legge è agevole trarre due corollarii decisivi della controversia. Il primo è questo: che l' estratto non è la copia del verbale d' incanto, ma il titolo *ex se* di trasferimento del lotto acquistato a favore di colui al quale viene rilasciato, dopo l' accertamento di tutti gli adempimenti ai quali, come a condizioni, è subordinato il rilascio del titolo stesso.

E tanto ciò è vero, in quanto siffatti adempimenti, e segnatamente quelli relativi alla persona dell' aggiudicatario da nominare, ben possono esser posteriori alla chiusura del verbale d'incanto, siccome interviene se nello stesso giorno degli incanti, dopo la chiusura del verbale relativo, ovvero nei tre giorni successivi, si presentino le dichiarazioni autentiche, ovvero autenticate, e della costui accettazione.

L' altro corollario è — che sono chiamati la Commissione Provinciale ed il Prefetto, prima dell' approvazione degli atti di aggiudicazione e del rilascio dell' estratto, a constatare chi sia il vero acquirente, e quindi se le prescrizioni della legge, per designarlo efficacemente, siano state adempiute.

Per la qual cosa non è già che il Tribunale di Salerno abbia sostituito equipollenti a quella prova autentica che in termini chiari ed espliciti la legge richiede in un negozio civile così importante, come è quello del trasferimento di beni immobili, ma esso afferma invece, con incensurabile convincimento che tale prova richiesta fu fornita alle autorità che dovevano conoscerne, e ciò ricava, con esatto criterio logico e giuridico dal titolo di acquisto cioè dall' estratto di cui nell' art. 13 della citata legge, il quale trova altresì estrinseco riscontro in quella catena di circostanze e presunzioni eloquenti, che facevano certo il giudice di trovarsi la constatazione giuridica della verità in perfetta uniformità del libero convincimento morale intorno al fatto dell' avvenuta indicazione del nome dello acquirente Luigi Bilotti nei termini e modi di legge. Quando questa vuole che il verbale d' incanti venga esaminato, ed approvato, ove ne sia il caso, dalla Commissione Provinciale; quando non cotesto verbale, ma un estratto di esso, dopo l' esame che detta Commissione abbia compiuto anche intorno a ciò che si ebbe a verificare

dopo la chiusura di esso, e specialmente intorno al nome del vero acquirente rimasto ignoto col verbale d' incanto e poi nominato nei tre giorni successivi, ha dalla legge forza di titolo autentico ed esecutivo della compra-vendita per prendere possesso del fondo, trascrivere e far la voltura catastale, conseguenza legittima di tali premesse è, che la Commissione prima ed il Prefetto poi sono dalla legge chiamati a constatare preventivamente se le condizioni alle quali l' efficacia della vendita è subordinata siano state adempiute.

E fra esse cardinale è senza dubbio la constatazione della persona dell'acquirente all' asta pubblica.

Per la qual cosa se nella fattispecie il Prefetto muniva di sua ordinanza esecutiva il titolo di trasferimento a favore di Luigi Bilotti, in conformità di quanto la Commissione Provinciale di sorveglianza aveva approvato, indarno si cerca ora scuotere cosiffatto titolo esecutivo, che ha in sè la presunzione legale di essere state osservate tutte le prescrizioni delle quali esso dovea essere la conseguenza.

In altre parole non può oggi il ricorrente domandare al suo avversario, che questo faccia davanti l' autorità giudiziaria quella dimostrazione che formò e doveva formare obbietto di esame da parte delle altre autorità pubbliche incaricate della liquidazione dell' asse ecclesiastico. Ond' è che nelle concrete circostanze della causa ben disse in sostanza il Tribunale di Salerno, cioè che il rilascio dell'estratto esecutivo innanzi discorso, presuppone la necessità giuridica dell' accertamento di essere state fatte, e ritualmente fatte, le dichiarazioni di nomina e di accettazione dello acquirente.

Attesochè ponendo a riscontro i concetti legali innanzi espressi con i primi tre mezzi del ricorso, non accade di aggiungere altro per concludere che questi risultano contradetti decisivamente dai primi, tanto più che in essi svolgonsi argomenti concorrenti a sostenere l' unica tesi che si respinge. E parimenti basta ad eliminare il 4° mezzo questo solo rilievo, che il Tribunale parlò della simulazione della vendita come ragione a sovrabbondanza, sì che se pure si avesse ad eliminare quell' argomento la sentenza si reggerebbe sempre per tutti gli altri.

Ma oltre a ciò quando si pone mente alla essenza legale delle ragioni di decidere della presente, non può non riuscire evidente, che a risolvere la controversia nel senso della sentenza denunciato bastano senz' altro le disposizioni degli articoli 13 della legge del 1867, 97 e 98 del relativo regolamento, sì che senza prò si vengono censurando le singole argomentazioni della sentenza impugnata.

Attesochè il rigetto del ricorso trae seco la perdita del deposito per multa, e la condanna nelle spese del giudizio in Cassazione.

Per queste ragioni — La Corte rigetta ecc.

10 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. BOSCERO (conl. concl.) — Est. BIANCO
Bongi - Tanzarella

Matrimonio — Prossenetico — Se sia dovuto in tutti i casi.
Contratti bilaterali — Causa — Motivi — Distinzione.

Il patto con cui si promette una somma al mediatore di un matrimonio è nullo solo quando il promittente sia stato indotto ad obbligarsi mercè inganni diretti ad invalidare la libertà del consenso.

Nei contratti bilaterali, ai fini della validità degli stessi, bisogna tener conto non già dei motivi per cui le parti stipularono, ma delle prestazioni cui esse si obbligarono.

Che il ricorso, nei varii suoi mezzi, nei quali son prospettati i vizii onde è travagliata la sentenza denunziata, vuol essere accolto.

La Corte in effetti dopo il ricordo della origine della obbligazione del 5 settembre 1899 che fu il fondamento dell' azione del Bongi, sostituita ad altra precedente, di somma più grossa, pur sottoscritta per la stessa causa dal Tanzarella, ed a costui dal Bongi stesso restituita; e delle molteplici querele, cui la spettanza di cosiffatte obbligazioni dette luogo, riesce in questa affermazione, fondamento precipuo del suo decidere, d' essere, cioè, la obbligazione delle lire 20,000 nulla per due ragioni, per illecita e falsa causa. L' una, consistente nel corrispettivo della opera altamente immorale, che il Bongi doveva prestare; per indurre la signora Farace ad accettare il partito del Tanzarella; l' altra nelle credute affermazioni dello stesso Bongi, di essere la Farace, fin allora dal Tanzarella non conosciuta, proprietaria di un milione, sì da indurre quello al rilascio delle due obbligazioni esattamente rispondenti al 5 e poi al 2 °/₀ sulla gonfiata cifra.

In questa forma di argomentare, la Corte palesa il concetto suo, che è quello di ritenere, come assoluta affermazione giuridica, cosa turpe ed immorale l' opera del proponente di matrimonio, diretta ad impedire il libero esplicarsi di quelle indagini, più che mai diverse e necessarie nelle nozze, sì dà risolversi in inframmittenze indebite, delle quali, talvolta, l' importanza della somma promessa dà la misura, violatrici financo della libertà del consenso. Imperocchè non ha accennato ad alcun mezzo fra la ordinanza della Camera di Consiglio, e la origine della obbligazione, non ha detto alcun fatto, dal quale il prestato consenso di uno degli sposi avesse potuto apparire non spontaneo, non ha spiegato quale si fosse la inframmettenza, cui essa stessa ha alluso.

Ma a cosiffatto concetto, espresso, sotto forma di principio non plaude questo Supremo Collegio.

Tra le opposte dottrine di coloro, che, in un ordine di rapporti eminentemente morali e costitutivi della famiglia, respingevano come pericolosa di corrompimento e d' inganni l' opera del mediatore a solo scopo di lucro; e di quei che, non negando nel matrimonio i legami morali, tenevano in debito conto quel contributo d' interessi economici, pei quali la legge ha scritto delle norme, pur così necessarie a sostenerne gli oneri, e non riguardavano

di conseguenza come illecito il lavoro durato dal *conciliator nuptiæ*, una terza teoria s' era venuta elaborando, che affermava valido il patto di prossenetico matrimoniale, annullabile però pei mezzi, per avventura, adoperati nel compierlo, come inganni, circunvenzioni, influenze dannose, suggestioni invalidanti la libertà del consenso. E questa dottrina conciliatrice, che trae le sue origini dalla natura reale delle cose, accolta già dal profondo spirito pratico dei giureconsulti romani, e rende omaggio all' alto concetto etico del matrimonio, e che è divenuta omai opinione prevalente nella scuola e nel foro, ha da gran tempo questa Corte Suprema condivisa; come quella, che non presumendo la frode, e riguardando al fine onesto delle nozze, cui tende l' opera dei *conciliatores nuptiarum*, evita le ingiuste conseguenze delle due opposte dottrine.

Ed anche ora si compiace di proclamarla.

Per guisa che la indagine non può più cadere sulla assoluta legittimità del patto; ma, nei casi singoli, sulle modalità della sua esecuzione. Indagine dalla Corte di merito non fatta, mossa dalla nullità del patto di prossenetico, cui convergevano le deduzioni del Tanzarella, ed alla quale, se chiamata dalle parti litiganti, dovrà accingersi la Corte di rinvio.

Che la sentenza denunziata annullò per falsa causa la obbligazione del Tanzarella, sulla considerazione, che questi l' avesse sottoscritta, e dato incarico al Bongi per la conclusione del matrimonio, non invaghito della Ferace, da lui non conosciuta, sì per le affermazioni di quello sulla grossa possidenza di lei, risultata di poi di molto inferiore al vero. E pure in questo punto le censure del ricorrente assumono non spregevole importanza.

Perocchè, nella ipotesi della Corte, il miraggio della grossa dote sarebbe stato il motivo determinante, non la causa della obbligazione.

I motivi pei quali alcuno divenga ad un contratto non influiscono sulla validità di esso, e non debbono andar confusi con la causa dello stesso, la quale, nei contratti sinallagmatici, è rappresentata, per ciascuno dei contraenti, dalla prestazione cui l' altro si obbliga.

La Corte quindi a tale ben naturale distinzione non avrebbe atteso, ed avrebbe scambiato, un po' inesattamente, i motivi impulsivi e subbiettivi del contratto, con la causa di esso, l' opera di mediazione, cioè, dal Bongi prestata. Oltre a ciò, nella sentenza non è detto donde abbia essa tratta l' affermazione che il Bongi avesse assicurato il Tanzarella della cospicua dote della Ferace, e che in rispondenza del milione, a quanto elevavasi, si fosse determinata la percentuale del 5 °|₀ nella prima scritta, del 2 °|₀ nella seconda.

Codeste circostanze, messe in una comparsa del Tanzarella, furon recisamente negate dal Bongi, al punto che quegli con la comparsa dol 23 agosto 1900 chiese di farne la prova per testimoni.

Furon le circostanze stesse ripetute nella comparsa dell'interventore Mazza; ed il Tanzarella, reputandole, perciò solo comprovate, nella postilla del dì seguente disse inutile il domandato mezzo istruttorio.

La Corte, senza più, aderì alle conclusioni del Tanzarella coordinate con le asserzioni dell' interventore, del quale dichiarò irrituale la presenza in giudizio, e ponendo senza discussione alcuna da canto le molteplici deduzioni del Bongi formulate nella comparsa del 23 agosto 1901, uscì in quelle con-

siderazioni sulla falsa causa, che determinarono la decisiono sua della nullità della obbligazione.

Per queste ragioni — La Corte cassa ecc.

24 ottobre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. BURALI D'AREZZO
de Pascalis - Bellotoma

Cassazione — Unico ricorso contro più sentenze rese nello stesso giudizio — Omessa indicazione della data della notifica della sentenza impugnata — Ammessibilità — Effetti della decorrenza dei termini per impugnare una di dette sentenze. Art. 521 e 523 cod. pr. civ.

È ammessibile il ricorso proposto con unico atto ed unico deposito contro più sentenze rese nello stesso giudizio, anche se nel ricorso manchi la indicazione della data della notifica delle sentenze al che si può supplire con equipollenti, quando non siano decorsi i termini per proporre il ricorso. In caso diverso, sono ammissibili quei mezzi che si riferiscono alle sentenze notificate nei novanta giorni precedenti al ricorso.

Osserva che la dedotta inammissibilità del ricorso pel motivo di essersi proposto con unico atto ed unico deposito non ha fondamento giuridico, essendo ormai pacifica la giureprudenza di questo Supremo Collegio nel ritenere sufficiente un solo deposito sempre quando con unico atto siano impugnate più sentenze pronunziate nello stesso giudizio. In vero, se in tema di rivocazione è ammessibile la relativa domanda proposta con un solo atto contro più sentenze rese nello stesso giudizio tra le medesime parti, rendesi applicabile la disposizione stessa anche al ricorso per cassazione per trattarsi di due mezzi straordinarii che mirano entrambi al risultato sostanzialmente identico di porre nel nulla la sentenza impugnata.

Oltreachè la disposizione che limita l' obbligo dell' unico preventivo deposito contro più sentenze emesse nello stesso giudizio, semprechè si viene a sperimentare con unico rimedio straordinario, dev' essere largamente interpetrato massime quando trattasi di decadenza di dritto.

Che se è vero l' obbligo nel ricorrente di designare tra l' altro nel ricorso la data della sentenza impugnata e quella della sua notificazione, ovvero la menzione di non essersi notificata giusta l'art. 523 n. 3 cod. proc. civ., non è men certo che a tale omissione ben possa supplirsi con equipollenti e che il ricorso è ammessibile anche quando vi manchi la indicazione della data, ove però dal complesso dei documenti che l' accompagnano sia accertato essersi presentato nel termine utile.

Nella specie, se emerge dagli atti esibiti dalla ricorrente che la sentenza impugnata dal Tribunale di Lecce dell' 11-25 aprile 1901 venne notificata da essa signora de Pascalis autorizzata dal marito sig. d'Anna al sig. Bellotoma nel 20 luglio 1901 e se il ricorso per cassazione contro tale pronunziato si è promosso non prima del 25 aprile 1902, è manifesta la sua inammessibilità a norma dell' art. 466 cod. pp. cc. essendo perentorii i termini per impugnare una sentenza e la decadenza di dritto deve pronunziarsi anche di ufficio ed

il successivo art. 528 espressamente dichiara il ricorso non ammessibile quante volte non siasi notificato nel termine utile, il perchè è evidente la inammessibilità del ricorso contro la prima sentenza del 25 aprile 1901 notificata nel 20 del successivo mese di luglio per essersi proposto nel 25 aprile dell'anno successivo dopo circa nove mesi dalla notificazione della sentenza impugnata, sicchè il 2° e 3° mezzo del ricorso, riguardanti i capi definiti con la detta prima sentenza e relativi alla inammessibilità dello appello ed alla nullità degli atti del giudizio di prima istanza per non essersi citato il debitore, non possono andar disaminati dal Supremo Collegio comechè riguardanti la prima sentenza già passata in cosa giudicata.

Per questi motivi. La Corte dichiara inammessibili il 2.° e 3.° mezzo del ricorso ecc.

24 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — CIANCI DI SANSEVERINO.

Capua — Credito Fondiario

Intervento coatto in causa—Domande nuove da parte dell' interventore — Ammessibilità — Se tali domande possano formare obbietto di domanda nuova in Cassazione. Art. 205 cod. di proc. civ.

Chi è chiamato in causa per ordine del magistrato ben può proporre domande contro una delle parti in causa. Ma ove ciò non faccia, non può dolersi in Cassazione di non avere il magistrato di merito elevato questioni che avrebbe dovuto proporre esso.

Considerando che col primo motivo si censura la Corte d' Appello, in quanto che, trattandosi d' intervento coatto ordinato in secondo grado per istruzione della causa, doveva il magistrato d' ufficio proporre e risolvere la eccezione di nullità non proposta dalla parte.

Sul proposito il Supremo Collegio osserva che lo intervento del Capua, avuto riguardo all' indole della causa, non poteva e non può avere il semplice effetto di provocare schiarimenti sulla dimanda di garentia proposta dagli eredi dell' esattore.

Egli è manifesto che, chiamato il Capua ad *infrigendum vel ad exludendum ius utriusque competitoris*, ben poteva prender parte alla lite per quanto rilevasi dal contenuto della sentenza denunciata, e quindi ben poteva proporre contro gli attori in garentia le istanze conformi al proprio interesse, come alle parti contrarie nemmeno era vietato di difendersi e combattere le eccezioni di lui.

Insomma egli aveva bene il diritto di chiedere la riunione dei due esami sulle due quistioni, cioè della sua responsabilità e quella del figlio Antonio ai termini dell' istrumento dei 15 gennaio 1890, facendo istanza altresì rinviarsi la causa al magistrato inferiore, per non esser privato del doppio grado di giurisdizione.

In quella vece egli, accettando il giudizio nello stato in cui era, invitò formalmente la Corte, con la comparsa dei 19 febbraio 1900, a dichiarare, pronun-

ciando in merito, non esser lui tenuto a veruna garentia verso i Sg.ri Olivi e condannarsi quindi le altre parti alle spese.

Premesso ciò, non è chi non vegga che il primo mezzo di annullamento è impossibile, giacchè solleva una quistione non mai proposta dalle parti, e per ciò stesso non discussa dai giudici di rinvio.

Ormai è giurisprudenza costante, in virtù della quale una quistione nuova sollevata unicamente nel ricorso non può mai esser presa in considerazione dalla Corte di Cassazione istituita per giudicare delle sole violazioni di dritto, di cui possa farsi rimprovero ai giudici di secondo grado. E questo rimprovero nel caso concreto manca di base, giacchè la quistione or proposta la Supremo Collegio, non fu sollevata con le conclusioni di propria sede non formò oggetto della sentenza denunciata. Valga a conferma di ciò, la disposizione dell' art. 517 N. 8 del cod. di rito, in cui tassativamente è detto che anche la *exceptio iudicati* non può costituire motivo di annullamento, se essa non fu dedotta, e se, anche dedotta, il magistrato di appello non vi abbia pronunciato.

Il primo motivo del ricorso quindi è destituito di fondamento giuridico.

Omissis — Per questi motivi — La Corte rigetta il ricorso.

27 ottobre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. BOSCERO (concl. conf.) — Est. BIANCO

Cirelli-Augello

Cosa giudicata — In che consista — Quando la causa possa dirsi identica. Art. 1351 cod. civ.

Sentenza che risolve quistioni di pura forma — Se costituisca giudicato anche per eccezioni di merito proposte in altri giudizii.

Per identità della causa, come uno dei motivi della res iudicata*, è da intendersi la identità del fatto su cui si fonda la domanda, non già il complesso dei motivi di fatto e di diritto per cui la domanda si sostiene o si oppugna.*

Il rigetto quindi in un primo giudizio di eccezioni di pura forma opposte all' azione esecutiva del creditore, non è di ostacolo ad impugnare di *nullità il titolo creditorio.*

Omissis.

Che devono invece essere accolti gli altri tre mezzi del ricorso Augello, e l'unico di quello Cirelli che combattono concordemente la eccezione di cosa giudicata, illegalmente ammessa dalla Corte, contro le opposizioni degli odierni ricorrenti alla domanda di autorizzazione a vendere dalla Colletta proposta. Per fermo, nella legge 7 (§ 4 ff. 44 - 2) è fondata la *exceptio rei iudicatae.* Il frammento è scritto così: « *Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quoti ens inter easdem personas, eadem quaestio revocatur* ».

Da questa poscia i pratici trassero le norme, donde l' exceptio pigliava figura, che fecero consistere nei tre noti elementi di identità obbiettiva e

subbiettiva, cioè nell' *eadem causa*, nell' *eadem res*, nell' *eadem conditio personarum*.

Siffatta teoria si è venuta man mano specializzando; ed ormai la dottrina e la giureprudenza han potuto affermare come cosa certa in dritto, che non concorre l'autorità della cosa giudicata, che è una delle presunzioni di legge, da non interpetrarsi troppo estesamente, ove manchi l' *eadem quaestio* o non si abbia l' *eadem causa petendi*.

L' *eadem causa* è l'identico fatto, che sta a fondamento dell' azione, che è distinta dall'oggetto della domanda, dai mezzi di prova del fatto giuridico, dallo scopo che l'attore si propone, dall'azione dedotta in giudizio, potendo ben da una stessa causa derivare più azioni. È ancora fermato in dottrina e giureprudenza, che diversificando la causa dai motivi, e dalle ragioni della domanda, la eccezione di giudicato osta ad una domanda fondata su motivi di fatto e di diritto per avventura non proposti nel precedente giudicato, non lo è, per converso di ostacolo, se fondata sopra causa diversa o nuova.

Come è del pari cosa non dubbia, che se lo attore assuma una veste giuridica ed è in tale qualità respinto, non gli è preclusa la via di assumerne una sostanzialmente diversa, intesa a conseguire ciò che formò l'oggetto del primo giudizio.

La Corte di merito mosse da esatti criterii giuridici nell' accennare alla medesimezza della *causa petendi*, come elemento della *exceptio rei iudicatae*, e nell'esplicare in che stia questa causa; ma ne ha fatto esagerata applicazione alla lite presente; avvegnachè avrebbe ritenuto che con le due sentenze del 1900 e 1901 fosse stato due volte rifermato il diritto della Colletta di proseguir gli atti esecutivi, e il niun dritto nei terzi possesseri, odierni ricorrenti, a paralizzarne la forza. In quelle due sentenze furono indubbiamente risolute questioni di pura forma, elevate contro i precetti della Colletta; e nella 2ª ove, nelle conclusioni, dagli opponenti la prima volta fu parlato della scrittura del 1895 fu puramente e semplicemente disaminata nel rapporto di tutti gli opponenti la questione pura e semplice della inammessibilità, o meno, del loro intervento. Della ripetuta scrittura, e della conseguente eccezione di carenza del diritto ipotecario della Colletta messa in movimento contro i terzi possessori dei fondi subastati, fu fatta esplicita e formale deduzione la prima volta innanzi al tribunale di Lucera, e favorevolmente da questo risoluta nella sentenza del luglio 1901. Alle sentenze quindi del 29 gennaio 1900 e 26 gennaio 1901 che respinsero le opposizioni fondate sopra vizii di forma del precetto, non poteva attribuirsi niente meno, virtù di cosa giudicata contro la non lieve eccezione dei terzi possessori, la quale contestava radicalmente il diritto ipotecario, di cui mai si era disputato, e tanto meno giudicato.

Quelle sentenze, a chi ben le guardi, apparranno giudicati sulle questioni di forma, peculiarmente già ventilate, e discusse, non mai sul diritto della Colletta ad espropriare i fondi subastati, contro qualsiasi eccezione di sostanza potessero venire per avventura accampando i terzi possessori.

Il ricordo del caso del giureconsulto romano pigliato a norma direttiva della risoluzione della controversia, non è rigorosamente invocato. In quel responso si trattava di un'azione reale, senza una causa espressa, avente per

oggetto la proprietà piena della cosa contesa; e la conclusione del giureconsulto non poteva essere più giuridica, stantechè il diritto di proprietà tutti i diritti sulla cosa comprende e riassume.

Il che poteva avvenire pel principio dell' *adprehensio iudicio omnium causarum*, che per lo stesso diritto romano subiva delle eccezioni, e che nuovi e più recenti studii romanistici hanno gravemente combattuto. Nelle azioni personali, come quella messa in movimento dalla Colletta, va più opportunamente invocato il concetto dello stesso giurista Paolo formulato nella legge 14 § 2 ff. 44.2 che è formulato così:

Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obbligationes, singulae causae sequuntur, nulla earum alterius petitione vitiatur.

Convien dunque annullare la sentenza e rinviare per novello esame, la lite ad altri giudici.

Che deesi del pari rinviare le spese ed ordinare la restituzione dei depositi.

27 ottobre 1903

Pres. ff. ABATEMARCO — P. M. CAMMAROTA (concl. conf.) — Est. CIANCI DI SANSEVERINO

Rubino - Miele

Cessione di fitti degl' immobili ipotecati — Quando possa impugnarsi dai creditori. Art. 1932 e 2085 cod. civ.

Pagamento di fitti contro la consuetudine — Se possa opporsi all' aggiudicatario degli immobili all' asta — Effetto della trascrizione del contratto di cessione. Art. 1932 cod. civ.; 687 proc. civ.

Il momento in cui il creditore ipotecario può impugnare le cessioni dei fitti dell' immobile ipotecato è quello della trascrizione del precetto (1).

Il conduttore che abbia pagato l' estaglio per tempo maggiore di quello ammesso dalla consuetudine, malgrado abbia trascritto il relativo contratto, non può opporre i pagamenti eseguiti al deliberatario all' asta dell' immobile, salvo a lui il rimborso da prelevarsi dal prezzo della vendita (2).

Considerando che non meno infondato è il 2° motivo nel quale si denuncia la violazione degli art. 2085, 1932 e 1942 C. C. Nel sistema della legislazione italiana, debbono pubblicarsi, mediante la trascrizione non solo gli atti di alienazione rigorosamente tali, ma anche gli atti, da cui sorgono liberazioni o cessioni di fitti e pigioni per un termine maggiore di tre anni,

---

(1) Vedi MATTIROLO, *Dir. giud. civ.* VI, ediz. 4, n. 137.

(2) Vedi sulla materia la conforme sentenza della stessa suprema corte in data 8 febbraio 1901, cennata nel testo, estensore lo stesso cons. CIANCI DI S. SEVERINO, e pubblicata, oltre che nella *Giur. ital.*, del 1901, I, 412, anche nel *Foro ital.* del detto anno, I, 733. Vedi pure per la esposizione della controversia la nota di C. SCHUPFER, nel *Foro ital.* 1898, I, 1188 e segg. e N. COVIELLO, *Trascrizione,* II, n. 380. Vedi da ultimo: cass. Palermo, 16 giugno 1903, *Foro ital.* 1903, I, 1460, con i richiami in nota.

g.

a norma dell' art. 1932 n. 7. E la denunciata sentenza rettamente giudicò che il dritto di Rubino ad oppugnare l'anticipazione dei fitti al debitore Leone sorgeva nel giorno, in cui trascrisse il suo precetto, giacchè il momento giuridico, nel quale il dritto ipotecario si attua, è appunto quello in cui, per la stessa trascrizione del precetto, è sottratta al debitore la disponibilità dei frutti, che restano immobilizzati a prò dei creditori col sequestro giudiziario a norma dell'art. 2085. A dir breve, la dottrina e la giurisprudenza, ormai *amice conjurant*, nel ritenere che il diritto dei creditori ad oppugnare la cessione dei fitti non ancora scaduti, sia esperibile solamente quando l' azione ipotecaria fu posta in movimento, con la trascrizione del precetto, e dal momento in cui ciò avvenga, non potendosi ammettere la tesi contraria, diretta a consacrare la retroattività della trascriziome medesima facendo datare il triennio dall'atto di liberazione o cessione.

La Corte d'appello quindi si attenne alla più retta interpetrazione dello art. 2085 in relazione agli art. 1903 e 1942 C. C.

Considerando che nel terzo motivo il ricorrente deduce che da un lato egli era creditore ipotecario, con iscrizione anteriore alla data del 21 agosto 1893 in cui il Miele trascrisse le anticipazioni di otto annualità, verso il debitore espropriato, e dall'altro che nel bando di vendita era detto che l'aggiudicatario dal giorno del deliberamento definitivo comincia a percepire i frutti ed a pagare i pesi fiscali. Eppure la Corte di Appello non rispettò il diritto del ricorrente a riscuotere gli estagli posteriori alla aggiudicazione, violando così la legge, che presiede alle vendite forzate. Posta così la questione non è chi non vegga, che a ragione il sig. Rubino si duole, circa la violazione dell'art. 687. Invero l'ultima alinea dispone: il pagamento dei frutti e dei canoni anticipati, non in conformità della consuetudine dei luogi, non si può opporre al compratore agli incanti. Come ben si vede, in cotesta disposizione si elude qualsiasi distinzione fra le annualità anticipate, siano o no trascritte, che abbiano o no la durata più lunga di un triennio, e sancisce come norma assoluta la consuetudine.

Sicchè, rimanendo fermi al testo della legge, appare evidente il concetto che nè il fittuario nè l' utilista possono opporre al deliberatario i pagamenti anticipati in senso contrario alla consuetudine. D' altra parte, vogliasi pure indagare lo spirito o la ragione che informa l' ultimo comma di quello articolo egualmente deve riconoscersi, che esso è diretto a garentire e riassicurare da ogni litigio i compratori all'incanto. Sicchè ponendosi in armonia l'art. 687 con l'art. 1932 deve trarsi la conseguenza che il primo come *jus singolare* riguarda specialmente i deliberatarii ai pubblici incanti, e quindi contiene in sè e per sè una espressa deroga all' altro art. 1932, in virtù del principio: *generi per speciem derogatur*. Insomma l'una disposizione non può dirsi cozzante con l'altra, tenuto pur conto alla loro conciliazione armonica nel senso che i conduttori hanno diritto di concorrere in graduazione per rivalersi, sulla massa, di quelle anticipazioni trascritte e delle somme loro dovute con prelevazione o per contributo, perchè la massa si compone del prezzo sostistituito allo immobile e degli interessi sostituiti ai frutti. Cessato così il conflitto, che a non pochi piace di scorgere fra il C. C. e quello di rito anche con l' applicazione per analogia dell'art. 2022 C. C. che pone il suggello di

piena efficacia alla pubblicità delle iscrizioni e trascrizioni, poste in riscontro fra loro, non sarà superfluo aggiungere, che cotesta interpetrazione, come già disse questo Supremo Collegio nella sentenza degli 8 febbraio 1901 (Giur. ital. I p. 412), è conforme a quella dei codici piemontesi.

Difatti il capoverso dell'art. 817 del C. Sardo del 1854 e l'art. 854 dello stesso codice di rito del 1859 stabilivano l' identico principio soggiungendo l' uno e l' altro: salvo al conduttore il diritto di ottenere il rimborso delle fatte anticipazioni sul prezzo della vendita con prelevazione o contributo. Il legislatore italiano tralasciò di ripetere con formula esplicita le riservate ragioni del conduttore, sia come creditore ipotecario sia come semplice chirografario, quando non abbia garentito il suo credito con ipoteca; ma ciò non basta a togliere la evidente e palmare distinzione fra il principio generale consacrato nel n. 7 dell' art. 1932 e l'art. 687 ultimo capoverso. Quella clausola finale dei codici sardi fu tolta, non per mutare il diritto, ma come soprabbondante; e pure, se si fosse ripetuta dal legislatore italiano, tutte le quistioni della scuola e della giurisprudenza si sarebbero evitate circa la interpetrazione di quell' ultimo alinea dell'art. 687. Appena occorre dire che la dottrina sopra esposta costituisce il *jus receptum* di questa e delle altre corti regolatrici, e perciò stesso la denunciata sentenza nell'ultima parte, in relazione al terzo motivo, non può sfuggire al sindacato del Supremo Collegio.

14 novembre 1903

Pres. ff. ABATEMARCO — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Rel. CATURANI — Est. LOMONACO.

Vetere e Fusco - Finanze

Giudizio penale — Competenze degli uscieri — Se siano dovuti anche dopo applicata l' amnistia.

L' applicazione dell' amnistia ha l' effetto di liberare lo imputato anche dall' obbligo del pagamento delle competenze degli uscieri (1).

Atteso che invece deve essere accolto il secondo motivo. In materia penale le spese del procedimento sono ripetibili dall'imputato allorquando contro lui è pronunziata condanna irrevocabile.

Tra le dette spese sono incluse le competenze degli uscieri, ossia degli

(1) La decisione della suprema corte è la conseguenza logica del principio fermato all' art. 86 del codice penale. Anzi è da ricordare, che la cassazione penale sedente in Roma, per lo innanzi, aveva fermato più volte (9 nov. 1896, *Foro ital.* 1897, II, 6, 27 gennaio 1897, eod. II, 165, 26 marzo 1897, eod. II, 347) che l' amnistia toglie l' obbligo delle spese soltanto nel caso che estingua la condanna, mentre se questa trovisi già estinta per espiazione della pena, non è più applicabile, e le spese sono dovute: ora invece ritiene, più esattamente, che l' amnistia, facendo cessare gli effetti della condanna, toglie l' obbligo delle spese, anche se la pena pel reato sia stata in tutto od in parte espiata (Vedi la sent. 24 maggio 1901, nel *Foro ital.* 1901, II, 472 e la nota ivi).

V. G.

uffiziali giudiziarii che impiegano la loro opera per il corso e l' esaurimento della procedura.

Ma se, invece, pria che la pronunziazione del Magistrato sia definitiva, interviene la amnistia, la quale fa venir meno l' azione penale, non v' ha più condanna nè a pena nè a spese. « *Quum principalis causa non consistit, nec ea quae sequuntur locum habent* ».

Nella fattispecie attuale, il Pretore ed il Tribunale aveano emessa condanna: fu interposto ricorso in Cassazione, e prima che il Supremo Collegio avesse discusso il gravame fuvvi l'amnistia, sicchè la Corte cassò la sentenza senza rinvio, e quindi tutte le condanne profferite contro gl'imputati restarono annullate.

Attesochè non può sostenersi che l' amnistia non riguardi gli uscieri, perchè terzi, perchè i suddetti uffiziali giudiziarii non sono nel novero delle perrone che hanno un dritto civile, che è distinto, e che non può esser dalla medesima distrutto. È ovvio il considerare che, se l'usciere non può riscuotere le sue competenze se l'imputato è assoluto, non le può neanche ripetere se al momento dell' amnistia la procedura era in istato d' azione, la causa doveva esser ancora esaminata e gl'imputati potevano anche in ultimo venir assoluti.

Attesochè non regge l'argomento che v' è contro i ricorrenti il titolo nel provvedimento del Pretore: cioè la nota delle spese, poichè è questo un titolo di liquidazione non di condanna.

Attesochè, accogliendosi il ricorso deve esser restituito il deposito, e posson rimettersi al Tribunale di rinvio le statuizioni su le spese.

P. q. m. cassa e rinvia ecc.

9 Dicembre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. SCALFATI (concl. diff.) — Est. PETRUCCELLI
Comune di Castelcivita - Burro

Scuola comunale oltre il limite legale — Soppressione — Licenziamento del maestro nominato a vita — Se obblighi il Comune ai danni. Art. 323 Legge Casati sulla Pubblica Istruzione; 13, 14 e 16 del Reg. 16 febbraio 1888.

Non è tenuto ai danni il Comune per il licenziamento di un maestro elementare nominato a vita, quando il licenziamento abbia avuto luogo per la soppressione di una scuola eccedente il numero di quelle che debbonsi tenere per legge, e ad occasione della istituzione della quale il maestro fu nominato (1).

Attesochè per la legge dei 13 novembre 1859 nella massima parte tuttavia vigente e per le istruzioni ed i regolamenti relativi, il comune di Castelcivita in riflesso al numero degli abitanti, ha l'obbligo di mantenere nel capoluogo due scuole di grado inferiore, una maschile e l' altra femminile.

---

(1) La questione risoluta nella sentenza che annotiamo si presenta nei rapporti tra maestri e comuni assai di frequente e, se la memoria non c' inganna, la stessa Corte di Cassazione ebbe a deciderla non ha molto in un senso opposto al pre-

Così fu deciso dal Ministero della Pubblica Istruzione sul ricorso del medesimo Comune, e tanto venne ammesso dal Consiglio Provinciale Scolastico con la sua deliberazione del 14 giugno 1895, mentre, in contraddizione con sè stesso, non accoglieva la dimanda del Comune anzidetto per la soppressione di una seconda scuola maschile che illegalmente ivi esisteva.

---

sente. In ogni caso non bisogna tener troppo dietro a siffatte decisioni nè fermarsi alle massime che i giornali giuridici sogliono premettere alle sentenze; perchè giammai come in questa materia i casi pratici risoluti si rassomigliano facilmente, sia per le mutazioni che possono subire gli atteggiamenti giuridici delle parti fra loro, sia per la diversità della legislazione che trovavasi vigente alla creazione del rapporto di diritto, che viene in disputa.

A prescindere da ciò che possa pensarsi della risoluzione complessiva adottata dal Supremo Collegio nella sentenza riportata nel testo, a noi pare che due punti siano completamente sfuggiti alla sua attenzione e che formano come i capisaldi di tutte le dispute di questa natura.

1. V' è certamente una norma fondamentale che governa i rapporti che si stringono tra il privato e le pubbliche amministrazioni sotto forma di contratto d' impiego, che va considerato come un *contratto di diritto pubblico*. La norma è questa: che il diritto subbiettivo, che nasce nel singolo (pubblico per quanto riflette l'impiego o la funzione, privato per quanto riguarda lo stipendio) non può non risentire della natura fondamentale del modo di essere dell' ente con cui si contratta, in quello che lo Iellineck chiamava lo *status libertatis* delle parti. Anche nel diritto privato ed in ispecie in quello commerciale e nelle nuove forme di diritto industriale, che si delineano sul nostro orizzonte giuridico, questi rapporti, sotto il profilo di *locazione d'opera* di *rappresentanza* o di *concessione*, risentono della natura sociale-giuridica dell' ente o persona con cui sono stretti. Epperò il *diritto subbiettivo* nasce subordinato alla permanenza del fine, cui è preordinato l' atto creatore del rapporto giuridico; cioè all'esistenza dell' istituto, per la cui vita la locazione d' opera o il contratto d' impiego era stato creato. Nel campo del diritto privato le utilità che ciascuno si propone di conseguire non si sollevano a tale importanza da richiedere che ad esse siano subordinate quelle degli altri della identica natura. Epperò l' elemento della *volontà* in siffatti rapporti giuridici assorge a vera importanza determinativa della natura e della modalità del contratto. Ma nel campo del diritto pubblico, dove la recluta delle energie operata dallo Stato nel corpo sociale, con mezzi ora coattivi ora liberi, è fatta per alimentare la vita di istituti, che son diretti alla soddisfazione di bisogni sociali; è chiaro che l'esistenza del rapporto giuridico, che si stringe col privato è subordinata all'esistenza dell'istituto. Il progresso del concetto di *stato giuridico* nei tempi moderni importa questo che il potere discrezionale della pubblica amministrazione, in quanto determina se l' istituto risponda o meno ai bisogni sociali, è sempre più disciplinato da norme legislative e regolamentari; ma ciò non può giungere sino all' estremo che la libertà stessa di questa movenza amministrativa sia negata di fatto perchè, col riconoscere il diritto perpetuo dell' impiegato, indipendentemente dall' esistenza dell' istituto, si verrebbe a immobilizzare quella provvista di mezzi economici che sono necessarii per una siffatta libera movenza innanzi accennata.

Questa norma però può ricevere un' eccezione da una disposizione speciale di legge, in quanto, per peculiari condizioni, il legislatore abbia creduto di garentire il diritto subbiettivo, dal punto di vista economico-gioridico, anche di fronte alla cessazione dell' istituto, o col disporre che la nomina fatta con certe condizioni garantisca la stabilità dello stipendio per la vita, o col dichiarare peculiarmente che

Ora il Ministero della Pubblica Istruzione con la normale del 1° agosto 1894, dopo di aver rilevato che una parte dei ricorsi pervenutigli per le illegali classificazioni di scuole non fosse infondata, e premesso di essere necessario che

---

la soppressione dell' istituto non importa caducazione del diritto. Ma tutto ciò è *jus singulare* e deve risultare da una determinata disposizione di legge. Ora esiste nella legislazione scolastica una disposizione siffatta?

Guardiamo l'attuale regolamento generale del 9 ottobre 1895, modificato a norma del r. d. 11 ottobre 1897 n. 450 e completato della legge 19 febbraio 1903 n. 45.

L'art. 151 dispone: « I maestri delle scuole *non classificate* avranno gli stessi diritti dei maestri delle scuole *classificate*, eccetto che per la misura degli stipendii e *salvo il caso di soppressione*, che non potrà essere attuata durante l' anno scolastico ».

Ora questa disposizione è di una certa gravità indubbiamente perchè, mentre contempla espressamente l' *ipotesi di soppressione*, fa derivare due conseguenze giuridiche diverse a seconda che trattasi di maestri di scuole classificate o non. Si sa bene che la classificazione è cosa diversa dalla *obbligatorietà*; ma non è possibile che esista una scuola non *classificata* che sia *obbligatoria* nel tempo stesso. Ed allora o questa disposizione chiarisce tutto il concetto della legislazione scolastica nel senso che il diritto subbiettivo del maestro è garantito anche di fronte alla cessazione dell' istituto; o ha valore solo per le scuole non classificate, nel senso che s' è voluto chiarire sempre più che la soppressione fa cessare ogni diritto nel maestro. Dato il modo come si scrivono i regolamenti sotto l'imperio della burocrazia ministeriale, cui, a parte la logica e la dottrina, molte volte fa difetto la grammatica, quest'ultima interpetrazione potrebbe anche correre.

Ma non bisogna dimenticare che la disposizione viene dall'art. 10 del r. d. 19 aprile 1885, che fu emanato dal potere esecutivo per delegazione legislativa contenuta nella legge 1° marzo 1885 n. 2896. Ora nell' art. 10 suddetto si parla di « maestri di scuole comunali *non obbligatorie* ». Il che importerebbe che il maestro della scuola obbligatoria avesse diritto allo stipendio anche soppressa la scuola. Ma com' è possibile concepire la soppressione di una scuola che sia *obbligatoria*? Quando mancassero le condizioni dell' obbligatorietà, per difetto di abitanti o per aggregazione di comuni o per scomparsa addirittura dell'agglomerazione abitata, non si sarebbe più di fronte ad una scuola obbligatoria. Questo ragionamento però sarebbe contradetto dall'altro: che la garantia, se è scritta, non sarebbe più tale se la disposizione non si riferisce alla condizione giuridica della scuola nel momento, in cui il maestro ha acquistata la stabilità. Se dunque la scuola era obbligatoria e classificata al momento dell' acquisto della stabilità il *fatto materiale* della soppressione (così dovrebbe intendersi la disposizione) non pregiudicherebbe il diritto del maestro. D'altra parte non si sa pensare perchè una così grave eccezione alla norma generale potesse essere confinata in una disposizione secondaria, di traverso, quasi occulta e timida, mentre avrebbe potuto essere collocata nell' art. 100 dello stesso regolamento dove è appunto prevista l'ipotesi di un mutamento di classificazione nella scuola ed è stabilito il diritto del maestro allo stipendio maggiore, tra quello iniziale e l' attuale.

Una soluzione più razionale, in tanta incertezza legislativa, potrebbe trovarsi in un esame più complesso del quesito, da un punto non tentato sinora.

Bisognerebbe cominciare dal distinguere i comuni che *eccedono* la sovrimposta da quelli che non l' eccedono. Pei primi, quando la scuola, ch' era obbligatoria, ed a cui era addetto il maestro, non è più tale, per mutate condizioni di fatto del co-

si rientrasse anche per questa parte nella legalità e si eliminasse uno dei più gravi ostacoli che si opponevano al regolare procedere delle scuole, dispose un lavoro di revisione, dettando, fra le altre le seguenti norme:

---

mune, non è concepibile l'impegno verso le persone quando non può, per virtù di legge, essere mantenuto quello verso le cose. Se i comuni, che eccedono, non possono compiere spese facoltative, senza speciali autorizzazioni ed in determinate condizioni (art. 284 e 287 l. com. e prov.) rimangono *ipso jure* e sciolti da qualsiasi impegno giuridico verso le persone stesse, perchè s' intende che queste contrattazioni con enti pubblici sono disciplinate appunto da norme di diritto pubblico. Se dunque la *spesa* per la scuola cessa di essere *obbligatoria* non potrebbe rimaner tale per la persona, a meno che la stabilità del maestro fosse stata conseguita prima della promulgazione della legge 23 luglio 1894 come espressamente dispone l'art. 284 della l. com. e prov.

I comuni invece che non eccedono la sovrimposta e che possono disporre dei loro mezzi finanziarii per spese facoltative, hanno una sfera discrezionale entro cui debbono intendersi liberi di mantenere o meno una istituzione, per la quale hanno assunto impegni giuridici. E se essi sono liberi di sopprimere l'istituto, non lo sono altrettanto di sopprimere i diritti privati creati nei terzi in forza di legge o contratti; quando la soppressione della spesa non sia disposta dalla legge. Stabilito un rapporto giuridico tra l'ente ed il privato, questo non può venir meno per volontà discrezionale di una delle parti, ma può solo cessare per un evento, che potrebbe paragonarsi a un caso di forza maggiore, quale è quella d'*inibizione al comune di compiere spese facoltative*, quando si eccede nella sovrimposta o di *facoltà di eccedere* a condizione che l' *eccedenza* serva per spese *obbligatorie*, il che suona lo stesso.

L' eccesso dell'imposta oltre i limiti legali costituisce dunque il solo caso di forza maggiore, diciamo così, che rende carenti i privati di diritto e d' azione per costringere i comuni a mantenere gli obblighi assunti prima della l. del 1894. Questo modesto nostro modo di vedere, fecondato dagli studiosi, potrebbe da una parte infrenare gli abusi di quei comuni, che, mentre sono liberi di mantenere la scuola come facoltativa, frodano la legge a danno dei maestri, sopprimendo le scuole e gittandoli sul lastrico, e dall'altra ribadirebbe il concetto che il potere discrezionale delle amministrazioni, nei governi giuridici, deve svolgersi sempre entro i confini delle leggi e secondo le leggi stesse, col rispetto dei diritti quesiti dei privati. Sarebbe infatti iniquo che il maestro che abbia acquistato, sotto l'egida della legge, il diritto a vita per una scuola che era obbligatoria, perchè il comune superava in quel tempo di uno soltanto i 4000 abitanti, sia poi gittato via solo perchè da un momento all'altro quell'uno sia morto, mentre il comune per le sue condizioni finanziarie è ancora *libero* di mantenere o meno la scuola, come facoltativa, perchè niuno glielo vieta. Che se le condizioni finanziarie sono tali da imporre sacrifici e mortificazioni e la legge non permette la *spesa*, allora egli si rassegnerà; ma sarebbe strano ad es. che il maestro a vita perdesse tutto e intanto il comune istituisse una banda musicale od una mostra di suini, convertendo in questo od altro *sport* comunale lo stipendio che la legge ha garentito al maestro!

Tutto ciò sarebbe iniquo e non è possibile che le dottrine giuridiche, nei tempi moderni, debbano fabbricarsi appositamente per giustificare iniquità di privati o di amministrazioni pubbliche, il che sarebbe peggio!

Il nostro modo di vedere sarebbe fatto appunto per coordinare la legislazione scolastica alla legge com. e prov. e conciliarla con un fondamento d'ordine morale, che non deve mancare mai in ogni costruzione giuridica.

2. Un' altra osservazione richiama alla mente la decisione riportata. Questa

« Che i comuni con una popolazione sparsa superiore ai 500 abitanti, ma inferiore ai 3000, tengano aperta nel capoluogo una scuola maschile, ed una altra femminile, salvo l'obbligo di provedere nei modi indicati dagli art. 323 della legge organica, 13, 14 e 16 del reg. 16 febbraio 1888, quando ciò sia richiesto dalla straordinaria affluenza degli alunni o dalla ristrettezza dei locali; che per le borgate o frazioni che, avendo una popolazione inferiore agli 800 abitanti, ma superiore ai 500, si trovino nelle condizioni accennate nel precedente paragrafo, oltre i due chilometri dal centro, oppure che per altre cause non potessero approfittare delle scuole aperte nella sede principale, sia lasciata ai comuni principali di istituire due scuole distinte una maschile e l'altra femminile, fuori classe per sei mesi, ovvero una scuola mista annuale classificata ».

Quindi egli è chiaro che il Comune di Castelcivita non dovea mantenere nel capoluogo se non due scuole, una maschile ed un'altra femminile, e nella frazione Serre o Cosentini una scuola mista, ed erroneamente il Consiglio Provinciale Scolastico si opponeva alla soppressione della seconda scuola maschile illegalmente istituita nel centro del Comune di Castelcivita.

Nè il medesimo Consiglio Provinciale Scolastico bene si avvisava che, avendo il Burro diritto alla nomina a vita, la scuola non potesse essere soppressa, come se la scuola dovesse servire al maestro e non viceversa; e che il Burro, ottenuta di ufficio la nomina a vita, avesse diritto allo stipendio, non ostante la soppressione della scuola decretata dal Ministero. Imperocchè si sarebbe

---

indugia sullo esame delle condizioni dell'obbligatorietà o meno della scuola per dedurne la conseguenza del diritto o meno del maestro, censurando e sindacando provvedimenti di corpi od autorità amministrative, che altrimenti avevano deciso in un primo periodo.

Ora noi sconosciamo assolutamente questa facoltà di esame e di censura all'autorità giudiziaria, sebbene fossimo larghi nel sostenere per altro verso la sua competenza. La verificazione delle condizioni legali perchè una spesa od un istituto sia coattivamente imposto ad un ente antarchico è facoltà propria dell' autorità amministrativa, che ne fa la dichiarazione in debita sede.

Non bisogna confondere il sindacato di *legittimità*, ch'è comune all'autorità giudiziaria ed alle giurisdizioni amministrative, col sindacato di *merito* su quanto è devoluto a speciali corpi o autorità. La scuola è obbligatoria qnando è dichiarata tale dall'autorità amministrativa ed è da tale dichiarazione che nascono diritti nei privati. Contro siffatta dichiarazione esistono i legittimi gravami; ma non è dato di rifare in sede giudiziaria l'esame dell'obbligatorietà. Così sarebbe strano che un comune, innanzi al magistrato, per sottrarsi agl' impegni coll' assuntore della sua strada obbligatoria costruita sotto esecuzione di ufficio, volesse discutere della efficacia o meno di siffatta dichiarazione e così per gli altri impegni derivanti da spese che in sede amministrativa sono state dichiarate di natura obbligatoria. Tutto ciò turberebbe lo svolgimento costituzionale delle pubbliche funzioni e genererebbe una instabilità tale nei rapporti che si vengono stringendo con le pubbliche amministrazioni, che nessuno potrebbe essere sicuro delle leggi e dei provvedimenti delle pubbliche autorità; quando tutto fosse sempre da rifarsi e da ridiscutersi innanzi i tribunali ordinarii.

Avv. V. Marone

potuto ciò affermare se la scuola in cui insegnava il Burro fosse stata legalmente obbligatoria, ma quando l'unica autorità competente, il Ministero della Pubblica Istruzione aveva dichiarato formalmante non essere obbligatoria quella scuola, e quindi soppressa, viene meno ogni illazione che se ne volesse ritrarre in contrario.

E la nomina a vita del maestro, come osservava il Ministero, non basta ad impedire la soppressione di una scuola che il Comune non ha l'obbligo di mantenere, salvo al maestro di sperimentare le sue ragioni in sede competente, nell'ipotesi di una violazione di contratto.

In vero l'unico diritto che la legge riserva ai maestri di scuole facoltative in caso di soppressione, è quello sancito nel capoverso dello art. 10 del testo unico 19 aprile 1889 pel quale, se essi siano iscritti fra gli eleggibili, debbono essere prescelti nelle nuove nomine a scuole obbligatorie nello stesso Comune.

Ma non vi è stata per anco l'occasione in Castelcivita di alcuna nomina alla scuola obbligatoria esistente, trovandosi l'attuale maestro con la nomina a vita fin dal 13 marzo 1890, approvata dal Consiglio Provinciale Scolastico con deliberazione del 14 giugno dello stesso anno.

E se vi ha una scuola mista, non potrebbe esservi nominato il Sig. Burro, dovendo le scuole femminili e le miste, giusta l'art.° 14 del regolamento 9 ottobre 1895 essere sempre affidate a maestre.

Non ha poi il Burro alcun diritto quesito, nè per legge, nè per contratto. Imperocchè, come poc'anzi si è accennato, la scuola in disputa non era obbligatoria, ed osta la legge alle pretese del Burro.

Non vi fu una convenzione tra il Comune ed il Burro donde potesse derivarne il diritto di costui, e non è a desumerlo dal concorso bandito per la nomina di maestro, perocchè non era obbligatoria, a norma di legge, la cennata scuola.

La Corte di merito omise di fare coteste indagini, e concesse al Burro il risarcimento dei danni, limitandolo però solamente a quelli materiali ed escludendo i morali pur pretesi. Ed errava segnatamente quando tali danni compendiava nel corrispettivo di lire 750 annue, vita durante del Burro, costringendo così il Comune di Castelcivita a pagare uno stipendio senza maestro.

Laonde i tre mezzi del ricorso che consistono nelle suindicate censure si ravvisano ben fondati, ed è d'uopo cassare la denunziata sentenza rinviare la causa per novello esame ad altra sezione della stessa Corte di Appello, anche per provvedere sulle spese di cassazione ed ordinare la restituzione del deposito, giusta gli articoli 542 e 544 del Cod. proc. civile.

P. q. m. La Corte cassa e rinvia.

14 novembre 1903

Pres. ff. ABATEMARCO — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Est. CATURANI
Pinto-Pinto

Procedimento penale — Amnistia — Se la sentenza che la applica valga come giudicato per l' accertamento dei fatti che contiene nel giudizio pei danni. Art. 1350 cod. civ.; 86 e 102 cod. pen.

Dichiarata estinta l' azione penale in applicazione dell' amnistia, l' accertamento di fatto contenuto nella sentenza del magistrato penale non può aver forza di giudicato agli effetti del risarcimento dei danni, a differenza dello indulto, l' applicazione del quale ha effetto solo riguardo alle spese.

Attesochè con gli altri due mezzi del ricorso si censura la sentenza denunziata sotto un duplice aspetto per avere, cioè, erroneamente, il Tribunale ritenuto che valesse a giudicato per l' accertamento di fatto una sentenza penale, onde siasi applicata la amnistia, mentre si discute con essa delle risultanze del dibattimento, non per stabilire la colpabilità dei prevenuti, sibbene per determinarne soltanto la imputazione, val dire, l'indole e la natura giuridica del reato ad essi addebitato, nel fine di stabilire poi se fosse, o meno compreso nel Decreto della Sovrana Indulgenza; sicchè, avendo il Tribunale, a differenza del primo giudice, attribuito alla sentenza penale del Pretore di Pollica la virtù di cosa giudicata rispetto all' azione civile spiegata successivamente in giudizio dal sig. Biagio Pinto per risarcimento dei pretesi danni, abbia manifestamente violato e l'art.° 1350 cod. civ. e l'altro art. 317 N.° 3 del Cod. Proc. Civ.

Deducono poi in secondo luogo i ricorrenti la violazione eziandio degli art. 86 e 102 del cod. pen. nonchè del citato art.° 517 cod. proc. civ. per essersi dal Tribunale confusa l' amnistia con l' indulto, che sono due istituti ben diversi fra loro: in quanto per l'applicazione dell'indulto va prima stabilita la reità dell'imputato per dichiararsi poi condonata in tutto od in parte la pena inflittane, restando poi in vita sia il reato che la condanna emessa pei danni e per le spese; l'amnistia invece, dicono i ricorrenti, significando oblio del passato, copre il reato d'un fittissimo velo, ed equivale ad assoluzione, per cui debba considerarsi che la persona amnistiata non avesse giammai commesso il fatto, che le veniva addebitato.

Or la Corte Suprema trova, in verità ben fondata e l' una e l' altra censura.

Sussiste, infatti, la prima censura.

Il sig. Biagio Pinto, gioverà ricordarlo, aveva posto a fondamento della sua azione civile pei danni il giudizio penale, in cui Giuseppe e la minorenne Rosa Pinto sarebbero stati ritenuti colpevoli, secondo lui, del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose; e che, sebbene di poi amnistiati, ne fosse però rimasta in vita l'azione civile, per il rifacimento dei danni; onde essi fossero, senz'altro, tenuti a risponderne.

Ed avendo poi il Biagio Pinto col suo appello incidentale insistito anche in seconde cure su quella deduzione difensiva, il Tribunale a sua volta la

fece sua con la sentenza denunziata; ritenne cioè, che facesse stato e costituisse giudicato di convinzione di colpabilità la sentenza penale del Pretore di Pollica del 21 novembre 1900 in ordine ai danni reclamati, e da questa premessa, informata evidentemente ad un errore di dritto, ne trasse poi una conseguenza anche più erronea; quella cioè, che niuna prova incombesse a Biagio Pinto in ordine all'azione istituita, essendone già prestabilito il diritto ai danni, e che lo esame dovesse versare soltanto sull'ammontare dei danni stessi a lui dovuti, ragione per cui rinviò poi la causa al primo giudice per la relativa liquidazione.

Ammesso in fatto, e lo stesso Tribunale avevalo già ritenuto, che per sopravvenuta amnistia, e per novella definizione del reato, seguitane all'esito di pubblico dibattimento, l' azione penale rispetto agli imputati Giuseppe e la minorenne Rosa Pinto, era rimasta estinta per effetto appunto dell' amnistia, con ordine di non procedersi più oltre contro di essi per detta imputazione, giusta la relativa sentenza del Pretore di Pollica del 21 novembre 1900; fu certamente assurdo il giudicarsi poi che quella sentenza penale potesse valere, e tanto meno sublimarsi a giudicato in ordine all'azione civile pei pretesi danni; mentre il rifacimento dei danni nei giudizi penali non può essere se non conseguenza della dichiarata colpabilità dei prevenuti, e della relativa condanna, ed in quella sentenza nulla invece si conteneva in proposito, nè poteva contenervisi per la contradizione che nol consente.

Nè vale opporre l'esame fatto dal giudice penale delle risultanze del dibattimento, per indursene la pretesa convinzione di colpabilità degli imputati, e quindi il titolo ai danni rispetto alla parte civile; giacchè quell' esame si era indispensabile ai fini dell'applicazione o meno dell' amnistia sopraggiunta col R. Decreto 11 novembre 1900; e come ben si appongono i ricorrenti, ebbe esso per iscopo soltanto di determinare a tale oggetto la imputabilità, cioè, la figura giuridica del reato ascritto a Giuseppe ed alla minorenne Rosa Pinto, indiziati dapprima per furto a danno del querelante, senza che si venisse con ciò a riconoscerne la colpabilità; mentre poi negli effetti, qualificandosi il fatto per semplice esercizio delle proprie ragioni con violenza sulle cose ai termini dell' art.° 235 N.° 1 cod. pen. ed applicabile perciò la Sovrana Indulgenza, si dichiarò non farsi luogo a procedimento per estinzione dell' azione penale.

Se dunque mancava il titolo ai danni richiesti da Biagio Pinto con l'azione civile successivamente istituita, mal fece il Tribunale in appello a rinviare la causa al primo giudice per la sola liquidazione del relativo ammontare.

Attesochè sussiste del pari l'altra censura dei ricorrenti.

Questo Supremo Collegio ebbe altra volta a proclamare che l' amnistia a differenza dello indulto, ed ai termini degli art. 86, 102 e 103 del Cod. pen. abolisce di pieno dritto l'azione penale, estinguendone la pena, e cancellando ogni memoria del passato; e nel pronunciato quindi del giudice penale, onde si dichiara estinta l'azione penale per effetto appunto di amnistia, non può affatto ritenersi un giudicato di condanna al rifacimento dei danni, sibbene una semplice salvezza per essi: talchè la relativa azione, se del caso, debba essere sperimentata con giudizio *ex integro*, e davanti al magistrato competente in giurisdizione civile, nel quale giudizio occorrerà quindi riconoscersi

dapprima l'obbligo ai danni rispetto a coloro che siano chiamati a rispondere pel fatto ad essi addebitato, e nell'affermativa, procedersi poi alla relativa liquidazione.

Essendosi adunque il Tribunale allontanato da cotali principii, onde s' informa l'istituto dell' amnistia per le leggi in vigore, e per una costante dottrina e giureprudenza sulla materia, la relativa sentenza merita di essere cassata, con rinvio della causa per novella discussione sugli appelli dalle parti litiganti rispettivamente prodotti contro la pronunzia del Pretore di Pollica in data 22 gennaio 1904.

P. q. m. cassa e rinvia ecc.

14 novembre 1903

Pres. ff. ABATEMARCO — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. CIANCI DI SANSEVERINO

Caccamo e Franco c.° Labate e Nesi

Enfiteusi — Deterioramento di una parte del fondo — Devoluzione — Se sia ammessibile per l' intero fondo. Art. 1567 cod. civ.; 1698 LL. CC. Nap.

Pagamento del canone eseguito da diverse persone — Se possa inferirsene la divisione del dominio utile.

Come conseguenza della indivisibilità del canone, se una parte del fondo venga deteriorata, compete al direttario il diritto di ottenere la devoluzione dello intero fondo.

La indivisibilità del canone non vien meno per il fatto che questo fu pagato da diverse persone.

Considerando che anche la 2ª e 3ª quistione non possono risolversi che in senso favorevole ai ricorrenti. La indivisibilità del canone, come già disse in diversi rincontri questo Supremo Collegio, dipende dalla ragione stessa, per cui è indivisibile il dominio eminente, e ciò tanto nel diritto romano (Cod. de jure emphit) quanto nell'art.° 1698 delle LL. CC. napoletane, era espressamente dichiarato.

Nè il codice vigente ha mutato sostanzialmente sul proposito la natura del diritto enfiteutico, anzi dalle sue disposizioni emerge di aver confermato il concetto della indivisibilità in dipendenza del dominio diretto.

Per il che, dalla facoltà del riscatto concessa all'enfiteuta, contro il diniego del concedente, come *ius singulare adversus tenorem rationis*, *propter aliqueam utilitatem* (L 16 D Leg), non può dedursi in nessuna guisa la divisibilità del dominio eminente del direttario, senza estendersi con arbitraria ed illegale interpetrazione i confini della legge.

Oltre di ciò, se l'art.° 1664 del codice concede facoltà allo utilista di redimere il fondo e non una parte di esso, da ciò medesimo sorge un argomento non meno poderoso, a favore della indivisibilità, avuto riguardo che il dominio diretto, non altrimenti che l' ipoteca *est tota in toto*, *et in qualibet parte*.

Cotesta profonda analogia è facile rinvenirsi nell'art.° 1567 cod. civ. dove

è detto, che, nel caso di affrancazione, le ipoteche acquistate contro il concedente, si risolvono sul prezzo dovuto per la affrancazione.

Posto ciò, apparisce evidentemente la inesattezza dei criterii da cui fu guidato il tribunale nello scindere la unità e la indivisibilità dell' enfiteusi, ammettendo la devoluzione del fondo, a causa del deterioramento a norma dello art.° 1565 N.° 2 del CC. solo in riguardo alle zone, nelle quali il deterioramento fu accertato.

Con ciò il magistrato di secondo grado dichiarando la devoluzione di una parte del cespite sottoposto all'enfiteusi disconobbe completamente la natura del contratto enfiteutico e dimenticò che la indivisibilità è condizione naturale dello stesso, come conseguenza del dominio eminente, che investe tutto il fondo enfiteutico, costituendo per ciò un diritto indivisibile, salvo il patto contrario. A dir breve, qualunque sia il numero degli enfiteuti, fra cui si trova diviso il dominio utile, siccome il fondo è obbligato nella sua intera continenza, così è a considerarsi come *unum corpus*, *vel quid individuum*, di cui ciascuna molecola *est pars corporis*.

Ammessa la tesi contraria, il canone enfiteutico riducendosi quasi ad una ragione creditoria dovrebbe assimilarsi ad una rendita costituita, per cui potrebbesi financo arrivare all' assurdo di ritenere, che non il fondo sopporti l' onere del canone, ma abbia soltanto l' enfiteuta l' obbligo personale di prestarlo.

Non è chi non vegga la erroneità di cotesto sistema, sia perchè l'obbligo personale, come innanzi fu rilevato, è dipendente dal dominio riservatosi sul fondo dal concedente, che solo a questo patto ed a questa condizione lo lasciò, *causa meliorandi*, all'utilista, sia perchè, tolta quella condizione, sarebbe sovvertita e distrutta la indole propria del contratto enfiteutico.

Considerando che non meno erronea è l' altra proposizione del Tribunale in cui si desume la divisibilità del fondo dalle riscossioni parziali del canone. Sul proposito, innanzi tutto è degno di nota, che la rinuncia alla indivisibilità dev'essere chiara ed espressa; fa mestieri in altri termini, per la divisione dell' enfiteusi, che si riconoscano dal direttario i diversi trasferimenti del dominio utile, con la limitazione del diritto alla parte del canone, che si debba da ciascuno degli enfiteuti. Premesso ciò, sembra fuori dubbio, che dal fatto semplice di essersi riscosse delle somme da uno o più aventi causa o successori dell'utilista, non può desumersi la rinuncia alla indivisibilità della enfiteusi. Il pagamento insomma fatto da qualcuno di essi non può cangiare la natura primigenia del contratto, la quale *est individua obligatione et solutione,* in ragione dell' eminente dominio.

Sotto questo aspetto con giuridico fondamento si deduce dai ricorrenti, la violazione ancora dello art.° 1269 cod. civ. giacchè la novazione di un diritto o di una obbligazione non può stabilirsi con testimoni, dovendo, in quella vece la volontà di effettuarla risultare chiaramente da atti per iscritto. In vero la enfiteusi costituisce l'alienazione del diritto superficiario, e per ciò stesso è richiesta la scrittura ad ogni atto modificativo della originaria concessione senza di che, per argomento tratto dall' art.° 1314 cod. civ. le modificazioni non potrebbero ritenersi riconosciute dagli interessati.

Aggiungasi che anche per le obbligazioni solidali ai termini dell'art.° 1197,

la rinunzia non si estende agli interessi futuri ed al capitale eccetto che il pagamento separato abbia avuto la continuazione di anni 10; e non è superfluo qui notare che l'obbligo indivisibile è ben altra cosa del solidale, di guisa che l'art. 1197 fu scritto per questo nella sezione IV e non fu ripetuto per le obbligazioni indivisibili nella sezione V dello stesso titolo 4.

Di qui la giurisprudenza di questo Supremo Collegio nel senso, che solo la prescrizione trentennale e non la decennale può essere invocata dall'enfiteuta contro l'indivisibilità del canone (C. Napoli 27 febbraio 1875, Paradisi). Da qualsiasi lato adunque si guardi la sentenza del tribunale di Reggio, è dimostrata la fallacia dei criterii da cui fu dominata; e però non può sfuggire al sindacato del Supremo Collegio.

Per questi motivi; Cassa ecc.

11 dicembre 1903

Pres. ff. Abatemarco — P. M. Mancini (concl. conf.) — Est. Burali di Arezzo.

Muzzonigro — Comune di Mottola

Sequestro conservativo — Rivocazione — Responsabilità conseguente del creditore. Art. 935 proc. civ.

Fatti dedotti a prova della temerarietà del sequestro — Obbligo del magistrato di esaminarli — Difetto di discussione. Art. 517 cod. proc. civ.

Oltre la esistenza del credito, occorre un' altra delle condizioni di cui all' art. 935 cod. proc. civ. per potersi procedere al sequestro conservativo. Mancando tale condizione, il creditore è tenuto ai danni verso il debitore.

È obbligo del magistrato di merito di esaminare tutti i fatti che si deducono dal debitore a prova della temerarietà del sequestro conservativo, non bastando ad escluderla l' accertamento dell' esistenza del credito (1).

Che la dottrina e la giureprudenza son concordi nel riconoscere che sempre quando l'affermazione di un fatto nella denunziata sentenza sia l'effetto immediato ovvero il diretto risultato di erronei concetti di dritto non la si

---

(1) La questione dei danni in seguito a succumbenza nei giudizi è ben grave e delicata. Essa ha base, nel nostro diritto positivo, non solamente sugli art. 1151 e 1152 del codice civile, ma anche sugli articoli 370 e 258, 295, 314 del codice di procedura civile. Oltre di che, nella materia dei sequestri, sono da tener presenti altresì gli art. 933 e 935 di quest' ultimo codice.

Si badi che se ogni domanda di danni trova il generale fondamento negli articoli 1151 e 1152 del codice civile, i quali suppongono la colpa da parte dell' obbligato, lievissima o lieve che sia, in materia di danni nascenti da una lite, il criterio generale può ricercarsi piuttosto nel codice di procedura civile, e più propriamente nell' art. 270, dove è legiferato un apposito principio, che può sostenersi ponga una condizione di più, la *temerarietà* cioè della lite. La sola *ingiustizia* della lite non basterebbe ad autorizzare la condanna del soccumbente al risarcimento dei danni, alla stessa guisa che per gli art. 1151 e 1152 basterebbe una colpa qualsiasi. Occorrerebbe qualche cosa di più di una lite *evidentemente in-*

può salvare dall' annullamento, dappoichè non è l'errore di fatto bensì quello di dritto che si denunzia e che dà luogo alla cassazione della sentenza.

Se è vero che il sequestro conservativo è una misura affatto eccezionale alla quale non si fa luogo se non quando concorrono due condizioni, l'esistenza cioè di un credito ed il ragionevole pericolo della fuga del debitore, ovvero quello di sottrazione oppure l'altro di perdere le garentie del credito stesso e se tutti codesti estremi sono tassativi a segno che per nessun' altra ragione possa ammettersi il sequestro conservativo, non è men certo che quante volte il sequestro sia riconosciuto senza giusta causa e venga rivocato, il sequestrante ai termini dell' art. 935 cod. proc. civ. può esser condannato al risarcimento dei danni.

---

giusta, come disponeva il codice sardo del 1859: occorrerebbe che la lite fosse *temeraria*. In generale la giurisprudenza ritiene, come più volte è stato deciso, che lite temeraria sia quella fatta per spirito di vessazione, o con dolo o colpa così grave da potersi equiparare a dolo, o con la coscienza del niun diritto che la soccorra, o con eccessiva leggerezza o imprudenza, o col fine di dare ad altri ingiuste molestie, pur conoscendo il proprio torto. I quali casi tutti troverebbero una conferma di esattezza del concetto generale che esplicano, proprio negli articoli 258, 295 e 314 ora citati, in cui il legislatore porrebbe dei casi di presunzione di lite temeraria.

Posto ciò, si potrebbe forse chiamare illogico chi sostenesse che gli articoli 933 e 935 (specie poi quest' ultimo), non fanno punto eccezione al principio generale per tutte le liti, scritto nell' art. 270, il quale sarebbe perciò applicabile anche in tema di sequestri per la interpretazione delle suddette due speciali disposizioni della materia?

Però nella dottrina v' è chi intende esser litigante temerario non soltanto l'*improbus litigator*, ma qualche cosa di meno, perchè basterebbe nel litigante, per renderlo *temerario*, la presunzione del proprio torto « basata sulla facile soluzione che alla lite viene data, » limitando però la condanna per danni « alle spese irripetibili. » Su ciò può vedersi un discreto, sebbene per nulla esauriente, scritto riassuntivo pubblicato recentemente dal Foligno, *Base giuridica del risarcimento dei danni per lite temeraria*, nel giornale *La legge*, anno 1903, vol. XLIII, n. 22 e specialmente a pag. 16 a 19. Si veda ad ogni modo, quanto ai sequestri, il Mattirolo, *Dir. giudiz.* V, ediz. 4ª, n. 1211 e segg.; e su tutto, in ispecie, Chironi, *Colpa extra-contrattuale,* I, ediz. 2ª, 1903, n. 112 e segg. e specialmente il n. 116. Si vegga pure il pregevole scritto di G. Faggella, *Colpa e responsabilità dei litiganti fra loro e verso i terzi, per l' ingiustizia della lite o negligenza nella spedizione di essa*, in *Annuario* del Cuzzeri, anno 1902, v. *Lite temeraria.*

Che poi non basti provare senz' altro la sussistenza del credito, per evitare la condanna ai danni, mi par cosa tanto evidente da non aver bisogno di indugiarsi a dimostrarla. Ciò non toglie però che, provata pure la mancanza degli altri requisiti voluti dalla legge per procedere al sequestro, potrebbe non essersi tenuti ai danni, ammesso che per l' obbligo ai danni occorra provare che si abbia che fare con un *temerario litigante*. Per sè, non sarebbe prova di temerarietà la mancanza del pericolo del credito o delle sue garenzie (art. 924 del cod. di proc. civ.). Alla stregua di questi principii va esaminata la fattispecie decisa dalla suprema corte napoletana con la sentenza riportata: pare però che si trattasse veramente di lite temeraria, anche nel senso più rigoroso della giurisprudenza prevalente.

V. Galante

L'espressione del ripetuto art. 935 « quando il sequestro sia riconosciuto senza causa e perciò rivocato » non lasciano dubitare che non è sufficiente la sola esistenza del credito, ma è mestieri che vi concorra l'altro estremo che il creditore nel procedere al sequestro conservativo sia in colpa per aver proceduto al sequestro senza il concorso di alcuna delle tre tassative condizioni, designate dallo art. 924 c. p. c. ed in siffatta ipotesi può ritenersi il sequestrante tenuto al risarcimento dei danni; cotesto concetto va ribadito dal principio generale dell'art. 1151 cod. civ. pel quale il fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga il suo autore al risarcimento. Di qui si trae manifesto l'errore in dritto dei giudici di merito allorquando affermarono che la sola esistenza del credito bastava ad escludere la responsabilità del sequestrante al risarcimento del danno.

L'errore si rende anche più grave ove si consideri che con la denunziata sentenza non pure rivocavasi il sequestro ma nei ragionari si rilevava che il solo motivo pel quale si era concesso fu quello di essersi ravvisato il pericolo di perdere le guarentie del credito, mentre la buona condizione finanziaria in cui rattrovavasi il sig. Muzzonigro al tempo del contratto, lungi dall'esser venuta meno erasi molto migliorata per acquisto di immobili da lui posteriormente fatti e per aumento del suo patrimonio a causa della successione dell'eredità della moglie denunziata per lire 1450 di immobili e per lire 34458,31 di crediti, e soggiunge la Corte che non potendosi quel pericolo ritener sussistente dovea il sequestro rivocarsi.

Or sebbene l'estimazione in ordine alla responsabilità del sequestrante al risarcimento dei danni per l'annullamento e rivocazione del sequestro conservativo è lasciata al prudente criterio dei giudici di merito, nullameno è obbligo del magistrato di merito estimare le circostanze della causa in ordine alla colpa del sequestrante, massime, quando egli nella domanda di sequestro abbia fatto ricorso alle condizioni del detto art. 925, siano perentoriamente esse escluse.

Che il ricorrente a ragione invoca a dippiù il vizio di omessa motivazione: egli infatti a giustificare il suo diritto alla rivalsa del danno rilevava la colpa del sequestrante Comune di Mottola sia per essersi offerta dal sig. Muzzonigro, oltre la cauzione di lire 9000 in contanti già prestata, la garentia ipotecaria così sui suoi immobili all'epoca del contratto come sugli altri posteriori di rilevante valore ai termini della sua dichiarazione del 9 gennaio 1903; sia per aver affermato il sequestrante col suo ricorso al Presidente la mancanza di garentia, mentre, a prescindere da ogni altra sicurtà, il valore del legname esistente nel bosco in lire 16536,84 giusta i verbali di sequestro risulta in somma maggiore di quella richiesta dal Comune; sia perchè per avergli impedito la vendita del legname col sequestro conservativo, in modo da renderlo inadempiente alla consegna verso i compratori del legname stesso, è tenuto perciò alla rivalsa dei danni verso i medesimi giusta l'atto protestativo del sig. Francesco Dentice del 21 febbraio 1903 e da metterlo altresì nella condizione di non poter adempiere agli obblighi assunti verso il Comune pel pagamento della rata del prezzo. Or la Corte di merito omette all'intutto di esaminare coteste circostanze dirette a dimostrare la colpa del Comune e la responsabilità civile del Comune stesso nel procedere al seque-

stro contro il sig. Muzzonigro; che se l' apprezzamento e l' estimazione delle circostanze suddette sono affidate al criterio dei giudici di merito, ciò però non esclude il difetto di motivazione il quale rendesi anche più manifesto e degno di maggior censura in ouanto che i primi giudici con diligenti ed accurati ragionamenti rilevarono la colpa e la responsabilità del Comune, mentre la Corte di Appello, pur rivocando la sentenza del Tribunale in ordine a tale risarcimento dei danni, non curava di rilevare all'uopo che la sola esistenza del credito, per altro controvertito, senza dedurre alcuna ragione che valesse ad escludere la colpa del Comune in ordine al sequestro, quando i primi giudici l'avevano riconosciuto illegale ed arbitrario. Laonde la sentenza della Corte per tal riflesso va annullata e deve rinviarsi la causa alla Corte di Appello di Napoli per novello esame sul mezzo accolto ed anche per le spese ed è mestieri altresì ordinare la restituzione del deposito — art. 542 cod. procedura civile.

P. q. m. La Corte cassa ecc.

12 dicembre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. BIANCO
Velardi-Montalto

Cassazione — Più ricorrenti — Motivi particolari ad alcuni contenuti in unico ricorso — Inammessibilità — Rinunzia ai motivi particolari — Se salvi l' altra parte del ricorso. Art. 521 cod. proc. civ.

Il ricorso di più persone con un solo deposito, e con motivi particolari ad alcuni ricorrenti è inammessibile anche pei motivi comuni a tutti i ricorrenti, nè vale a renderlo ammessibile la rinunzia ai motivi particolari (1).

Che la eccepita inammessibilità del ricorso non può non essere accolta.

Nell'art.° 500 pr. civ. richiamato, per quel che si attiene al procedimento pei ricorsi di Cassazione, dal seguente art. 521, è disposto che, mediante un solo deposito possono più persone, aventi lo stesso interesse, proporre la domanda di rivocazione, purchè con un solo atto. Dottrina e giurisprudenza sono omai concordi nel ritenere che la identità degli interessi di cui in questo articolo si ragiona, sia determinata non solo dalla medesimezza dello scopo, ma dalla medesimezza ancora dei motivi invocati per riuscire nello intento comune, l'annullamento cioè della sentenza.

Che, come è stato già rilevato nella narrazione dei fatti, nel ricorso presente è evidente la differenza di interessi dei ricorrenti; avvegnachè i mezzi proposti dallo Anglisani, e dal de Ritis, non hanno nulla di comune con quelli, e precipuamente coi primi otto, dedotti da tutti gli altri ricorrenti.

Il che è apparso così chiaro a costoro, da aver determinato due di essi, l'Anglisani e il de Ritis, che rappresentavano codesti distinti interessi, a rinunziare, appena la inammessibilità fu sollevata, ai mezzi denunzianti violazione di legge a quelli relativi.

---

(1) Vedi nella materia le note alle sentenze del 3 luglio 1903, fasc. 3, pag. 86 e del 20 ottobre detto, fasc. 7, pag. 203.

Che cosiffatta rinunzia, la quale vorrebbe mirare al fine di sanare la inammessibilità, che insin dal suo inizio travagliava il ricorso dei reddenti di Viturino, a nulla giova, stantechè alla eccezione di inammessibilità ed al suo accoglimento avrebbe acquistato diritto il resistente fin da che si verificò, nel momento stesso cioè della produzione del ricorso; il quale solo nel valutarla, dev'esser riguardato, diritto che ha poi esercitato.

La rinunzia quindi ai motivi loro speciali seguìta per parte del de Ritis e dell'Anglisani, alla sollevata eccezione, non vale ad escluderla, non potendosi sanare quello che originariamente sia nato inefficace, come non rispondente alle prescrizioni di legge che dal lato della forma o della sostanza ne sanzionano la validità.

Il codice di procedura nell'ultimo capoverso dello art. 531 accenna ad un sol caso di sanatoria, a quello della nullità di forma della notificazione del ricorso, quando dal resistente siasi per avventura notificato il controricorso.

La quale ipotesi non è lecito estendersi ad altre.

P. q. m. La Corte dichiara inammessibile ecc.

14 dicembre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. CALENDA (concl. diff.) — Est. CIACCIA
Grifeo-Grifeo

Istituzione di eredi di nascituri non concepiti — A chi spetti l'amministrazione dell'eredità — Circostanza dell'usufrutto legato al padre — Alienazione di un cespite ereditario fatta dal padre non investito dell' amministrazione — Nullità. Art. 224, 857 ed 861 cod. civ. 875 e ss., 896 e ss. proc. civ.

Nel caso in cui siano istituiti eredi i nascituri da una determinata persona ed, in mancanza, un terzo, non può il padre dei nascituri pel solo fatto che ne ha la legale rappresentanza ritenersi amministratore dell' eredità, tuttochè investito dell' usufrutto della stessa (1).

In conseguenza l'alienazione di un fondo ereditario o la costituzione di servitù su di esso consentita dal padre dei nascituri è nulla, perchè non compiuta da un amministratore nominato dal Tribunale coi carichi del curatore di un'eredità giacente (2).

Osserva che fondate si appalesano le violazioni di legge lamentate coi due primi mezzi del ricorso.

E di fatti, premesso in diritto quello che la stessa sentenza impugnata ri-

---

(1-2) La massima accolta dal Supremo Collegio ci sembra di una indiscutibile evidenza. Data un'istituzione a pro' di nascituri non concepiti, è naturale che in definitiva l'eredità potrà anzi che alla prole della persona designata devolversi a vantaggio di un terzo che sia stato espressamente costituito, o in mancanza degli eredi legittimi.

E ovvio pertanto che la rappresentanza degl' interessi dei figli nascituri (che spetta sempre al padre) non coincide con quella del patrimonio ereditario, il cui soggetto è tuttora ignoto.

tiene e che la stessa difesa del resistente Giorgio Grifeo accetta, cioè trattarsi nella specie di una disposizione e di un'istituzione di erede sotto condizione sospensiva regolata dagli art. 857 a 861 c. civ. e di essere ben di-

---

Come giustamente osserva il FILOMUSI GUELFI *Successioni*, Parte Gen. § 150 (nel *Digesto Italiano*), trattasi di un vero caso di eredità giacente, vanno applicate, quanto all'amministratore, le norme relative. Solo nel caso in cui siano istituiti figli concepiti, l'amministrazione spetta de jure al padre e in mancanza alla madre (Art. 860 capov.); in tutti gli altri casi occorre sempre il *formale* intervento dell'autorità giudiziaria, perchè siano investiti della rappresentanza coloro che vi hanno diritto a termini degli art. 858 e 859 cod. civ. (cf. op. e loc. cit.).

Nella specie quindi non essendo stato mai il sig. Giorgio Grifeo nominato dal tribunale curatore dell'eredità, non aveva facoltà di consentire servitù, anche se, in qualità di erede legittimo presuntivo, potesse aver diritto di preferenza alla curatela, mentre essendoci un sostituito, non può ritenersi applicabile alla lettera il disposto dell'art. 859. La circostanza poi ch'egli fosse per testamento l'usufruttuario universale non pone nè leva, perchè l'usufruttuario è sempre legatario e non coerede, ed anzi il conflitto d'interessi che sorge tra il nudo proprietario e l'usufruttuario per quanto concerne gli atti dispositivi dovrebbe costituire pel giudice un giusto motivo per decampare dalla regola dell'art. 859.

Nella dottrina regna del resto il massimo accordo sul punto deciso: cfr. oltre il FILOMUSI, op. cit., il VITALI, Success. testam. IV § 516; il LOSANA Success. testam. § 753; PIETRO GABBA, Il diritto dei nascituri non concepiti (Pisa 1902) p. 28. Il contrario avviso espresso dall'avv. G. CANNADA-BARTOLI in una nota alla sentenza ora cassata (in *Foro Ital.* 1903, 1, 1109) si può spiegare solo con l'interesse della difesa.

L'A. del resto tratta a lungo di altre questioni, ma assai brevemente della nostra, e qualche citazione come quella del LOSANA non è completa nè quindi esatta.

Nella giurisprudenza non si è *mai* dubitato che per il loro contenuto la rappresentanza e l'amministrazione siano cosa ben diversa. E la sentenza della Cassazione di Roma che il CANNADA riporta solo in parte nella sua nota (causa Tassinari c. Rampi 5 dicembre 1894 nella *Corte Suprema di Roma* 1894-2-427) pone la differenza tra il diritto di amministrazione e la rappresentanza per sostenere, contro l'assunto del ricorrente Tassinari, che il genitore dei nascituri istituiti eredi conserva sempre la rappresentanza di costoro, tuttochè la legge prescriva agli articoli 857-860 doversi nominare un'amministratore all'eredità sottoposta a condizione risolutiva in pendenza della condizione. In altri termini il Supremo Collegio romano fu chiamato in quel rincontro a sentenziare se il padre dei nascituri abbia come rappresentante di costoro la facoltà di procedere ad atti conservativi, e, posta la differenza tra l'amministrazione e la rappresentanza, rientrando nella sfera di quest'ultimo istituto gli atti conservativi, rispose di si. Ma non disse punto che le attribuzioni del rappresentante si confondono con quelle dello amministratore dei beni dei nascituri istituiti eredi al punto che il genitore di questi sia l'una cosa e l'altra, come sostiene il CANNADA.

Prima della Cassazione di Roma, la Cassazione di Torino si è pronunziata ben tre volte sull'argomento e precisamente a 14 dicembre 1866 in causa Bottino c. Vallino (*Annali* 1867-1-258); a 14 gennaio 1874 in causa Cavalleri *utrinque* (*Raccolta* 1874-I-1-75) ed a 5 marzo 1897 in causa Carini e Gatta c. Comune di Pavone (*Giur. tor.* 1897-577). E tutte e tre le volte decise nei sensi della nostra Cassazione, fermando che il genitore nel caso di istituzione in eredi dei nascituri non ha mai l'amministrazione dei beni cadenti nella eredità, rilevando nella prima delle cennate decisioni:

stinta la rappresentanza dei nascituri dall'amministrazione dell' eredità, non è chi non vegga come ben altra doveva essere la conseguenza a cui la sentenza impugnata doveva pervenire nella risoluzione della causa, la cui quistione fondamentale consisteva nel vedere se la concessione del 30 ottobre 1900 fosse stata legalmente fatta da Giorgio Grifeo tanto in nome proprio che quale rappresentante i figli nascituri.

Le premesse di diritto stabilite dalla sentenza impugnata ed accettate dalle

---

« Attesochè la Corte non avrebbe neppure violato gli art. 231 e 232 codice anzidetto (codice sardo che conteneva in tali articoli le disposizioni dell' art. 223 e 224 del codice vigente), perchè, anche ammesso che il padre il quale rappresenta i figli nati, possa del pari rappresentare quelli nascituri, ed anche ammesso che rappresenti i beni dei suoi figli, nel caso concreto per essere legittimo contradittore alla domanda del Bottino occorreva poter rappresentare non i figli ma la eredità a cui essi erano chiamati e l' amministrazione del padre non poteva estendersi a beni che potevano bensì col tempo diventar proprii dei figli, ma la cui proprietà non apparteneva ai medesimi, salvo dopo che fossero nati. »

Ed il Losana trattando della questione nell' opera e luogo citati, va in un avviso opposto a quello che gli attribuisce il Cannada perchè si esprime così: § 753. « La disposizione con cui sono chiamate eredi persone nascituri da determinata persona vivente, a senso dell' art. 764 cod. civ. è condizionale per eccellenza, inquantechè l' incertezza sull' esito della disposizione, dipende dalla incertezza sulla venuta alla vita del soggetto stesso della disposizione.

« A ragione pertanto stabilisce la legge che le sue statuizioni da noi testè esaminate, relative al caso di eredità devolute sotto condizione sospensiva, debbono estendersi altresì al caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente.

« Di conseguenza anche l' eredità lasciata a prole nascitura sarà amministrata, secondo i casi, dai coeredi con diritto di accrescimento, o dagli eredi sostituiti, o dal presunto erede legittimo del testatore.

« Questo pareggio dell' eredità lasciata a prole nascitura, quanto alla persona che deve amministrarla, alle altre eredità condizionali, portato dall' articolo 860 cod. civ. può, a prima giunta, parere in antinomia col disposto dell'art. 224 stesso codice, a tenore del quale si è il padre colui che *rappresenta i figli nati e nascituri* E NE AMMINISTRA I BENI.

« Ma l' antinomia non sussiste. La rappresentanza dei figli anche nascituri, della quale il padre è dalla legge investito, gli dà diritto a compiere gli atti e promuovere quelle istanze che riguardino l' interesse *esclusivo* della prole: ora l'amministrazione dell' eredità a cui questa prole sia chiamata, *interessa non solamente la medesima, ma anche le persone alle quali in mancanza di essa quell' eredità si devolverebbe*; ED IN QUESTE, SICCOME AVENTI UN INTERESSE PIÙ IMMEDIATO E DIRETTO, LA LEGGE HA CREDUTO TROVAR MAGGIOR GUARENTIGIA DI SOLERTE E VIGILE AMMINISTRAZIONE CHE NON NELLA PERSONA LA CUI PROLE È CHIAMATA EREDE.

« Che se l' art. 224, dopo aver detto che il padre rappresenta i figli nati e nascituri, soggiunge: *e* NE *amministra i beni,* il pronome NE non può riferirsi che ai figli nati imperocchè i figli nascituri, finchè tali, mancando di esistenza, mancano altresì di qualunque attuale diritto e quindi non può parlarsi *di beni loro proprii* ».

La questione si è presentata per la prima volta alla nostra Corte Suprema, e siamo lieti di constatare ch'essa l'abbia risoluta in armonia co' principj, e in perfetto accordo con le Corti consorelle.

Prof. L. Coviello

parti tutte menavano invece alla inesorabile quanto chiara conseguenza che a quella concessione, implicante certamente un atto di alienazione, si poteva solamente addivenire dall'amministratore di cui nei su riferiti art. 857 ad 861 cod. civ. E senza indagare qui chi fosse l'amministratore, se Giorgio Grifeo, se Carlo Grifeo quale erede sostituito, o se un estraneo nominato dall'autorità giudiziaria, anzi dato e non concesso che fosse o potesse essere Giorgio Grifeo, non per ciò la sentenza impugnata si potrebbe salvare dal chiestone annullamento. In primo luogo, il Giorgio Grifeo intervenne in quel contratto in nome proprio e qual rappresentante dei suoi figli nascituri, mentre avrebbe dovuto intervenire quale amministratore dell'eredità a norma dei su riferiti articoli del codice civile. In secondo e più perentorio luogo, dato pure che lo si potesse ritenere come amministratore dell'eredità, egli, assimilato in tutto al curatore dell'eredità giacente giusta la disposizione dell'articolo 861 cod. civ. non poteva assumere l'amm.ne dell'eredità se prima non prestava giuramento a norma dell'art. 897 cod. proc. civ. e non poteva consentire a quell'atto del 30 ottobre 1900 se non sotto l'osservanza delle disposizioni contenute negli art. 982 e 983 cod. civ. 875 e ss. 896 e ss. proc. civ. Egli invece che fece? Seguì puramente e semplicemente il disposto dell'art. 224 cod. civ. e si rivolse al Tribunale per la omologazione del contratto, senza badare che qui non vi è matrimonio, non vi è patria potestà, non vi sono figli e ben altro era il caso, onde giustamente si lamenta dal ricorrente che la sentenza impugnata ha confuso qualità, istituti, garentie e procedimenti ben distinti e separati.

Nè la sorte del ricorso può mutare per la circostanza di essere Giorgio Grifeo usufruttuario del disponibile, perchè da un canto questa qualità lo poneva in contraddizione con l'erede della nuda proprietà e dall'altro la necessità di un amministratore dell'eredità a norma dei su citati art. 857 a 861 cod. civ. sempre si imponeva, come non ne ha dubitato la sentenza impugnata e non ne dubita la stessa difesa del resistente comparso.

(Omissis) Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

1 settembre 1903.

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. CIACCIA
Banca d'Italia — Zagari.

Giudicato in materia commerciale — Prescrizione trentennale.

La sentenza resa in materia commerciale si prescrive come la sentenza resa in materia civile nel termine di trent' anni.

Essa, anche se non intimata, costituisce sempre un giudicato, agli effetti di tale prescrizione (1).

Osserva che i primi cinque mezzi del ricorso riproducono sotto diversa forma, come appare dalla stessa difesa a stampa dei ricorrenti, la *vexata quaestio* già altre volte risoluta da questo Supremo Magistrato, se dopo una

(1) La opinione della prescrizione unica del giudicato, che da parecchio tempo costituisce un *ius receptum* nella giurisprudenza delle nostre corti supreme (vedila

sentenza di condanna la prescrizione sia quella dell'originaria azione civile o commerciale messa già in atto e consacrata dalla sentenza di condanna, ovvero l'altra, che non può essere che unica e trentennale, dell' azione na-

---

in GALANTE, *Sulla prescrizione « dell' actio iudicati »*, in *Giurisprudenza ital.* del 1900 p.e, 4ª, e propriamente a pag. 5 e seg. dell'estratto), ha fatto recentemente passi decisivi anche nella dottrina più autorevole. Gli scrittori nostri più reputati l'hanno accolta (MATTIROLO, *Trattato di Dir. giudiz. civile*, vol. V, ediz. 4.ª, 1897, n. 5 e segg.; VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di dir. comm.* vol. IV, p. 2ª, 1902, n. 2078; MORTARA, *Comm. del codice e delle leggi di proc. civ.*, vol. II, 1903, n. 441); e a corroborarla, si aggiunge l'autorità della dottrina tedesca, sul § 218 del codice germanico, il quale espressamente dispone: « Ein rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt in dreizig Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. » Sicchè, sta ed è rimasto contra, pur autorevolissimo, tra quelli che di recente si sono occupati dell'argomento, soltanto il FADDA (*La prescrizione della ragione commerciale dopo la sentenza di condanna*, in *Filangieri* 1898, p. 801 e segg. e *Foro ital.* 1898, col 1282 e segg. Vedi altresì la nota posteriore dello stesso insigne professore, alla pag. 1195 e segg. del vol. I della versione italiana del *Dritto delle pandette* del WINDSCHEID, ed un un brevissimo cenno, in nota alla sentenza che annotiamo pubblicata dalla *Rivista pratica*, 1903, col 546 e segg.).

Per me è obbietto di compiacimento l'aver visto sostanzialmente accolta da scrittori così illustri la tesi da me posta fin dal 1894 (*La prescrizione del giudicato in materia commerciale*, Lanciano, Fratelli Tommasini, 1894), quando notavo che contro la giurisprudenza, che cominciava ad esser prevalente per la opinione della prescrizione trentennale, la dottrina contraria aveva buon giuoco, solo perchè i motivi addotti da essa erano tutt' altro che persuasivi e incontestabili.

Allora io scrivevo: « Non ci è bisogno di fare delle lunghe disquisizioni sulla *consumptio processualis* e sulla *novatio* derivante dal quasi contratto giudiziale e dalla sentenza. Io parto invece da un concetto che mi sembra fondamentale nel nostro diritto positivo. Un fatto di natura commerciale può dar luogo a rapporti giuridici ai quali si applica la legge commerciale e che eccitano la giurisdizione commerciale: un fatto di natura civile può dar luogo a rapporti giuridici ai quali si applica la legge civile e che eccitano la giurisdizione civile. La sentenza ha lo scopo di *accertare* e *dichiarare* soltanto e non di *creare* o costituire il diritto dedotto in causa dalle parti: essa gli dà la forma, lo fissa, gli dà effettiva realizzazione. Si discuta pure se abbia o no virtù consuntiva del diritto, o se lo lasci vivere della vita delle cose inutili: certa cosa è che con essa la giurisdizione, civile o commerciale che sia, si esaurisce, e la dichiarazione, in che sta la sua essenza, non è, come i diritti dichiarati, di natura civile o commerciale, nè si fa valere come fosse di natura commerciale o civile, ma sta da sè, indipendentemente dai rapporti precedenti, e diventa essa stessa causa dell' obbligazione. Dalla sentenza nasce un vincolo di diritto diverso, accanto all' antico (*il giudicato*), e un'azione diversa, accanto all'antica (*actio judicati*); il quale diritto per mezzo della quale azione appunto si deve far valere quando si vuole promuovere l'esecuzione della sentenza per realizzare il diritto. » E più in-là: « Bisogna accettare nel nostro diritto positivo il concetto più volte espresso dai giureconsulti, che il vincolo del giudicato, sebbene non sia che il vincolo precedente reso certo, pure va concepito come nascente dal giudicato stesso, indipendentemente da ogni rapporto anteriore: *non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem*. La novazione vera e propria non c'entra, a meno che per novazione non s' intenda che

scente dal giudicato. E la risoluzione di tale quistione costantemente seguìta da questo Supremo magistrato, seguìta pure con la stessa impugnata sentenza, non può ora che essere confermata; donde il rigetto dei primi cinque mezzi del ricorso.

---

all' antica azione, già sperimentata, sottentri, o meglio, si aggiunga quella più sicura e di più lunga durata nascente dalla sentenza. »

Più tardi (nella *Giurisprudenza ital.* del 1900, p. 4ª, p. 11 dell'estratto) spiegavo: « Si può a mio credere far a meno di ricorrere alla novazione per sostenere la prescrizione trentennale del giudicato, perchè nel nostro diritto positivo, allo stesso modo che in diritto romano, sebbene la sentenza irrevocabile sostanzialmente non sia che il diritto primitivo portato alla decisione del giudice, la grande importanza della sentenza medesima è sempre puramente formale e gli effetti sono assolutamente indipendenti dall' azione, che per far valere un simile diritto, si potesse sperimentare e si fosse sperimentata. » Onde conchiudevo (pag. 31 del detto estratto) che « la sentenza passata in giudicato transustanzia il diritto precedente in essa dichiarato, o quanto meno è titolo assolutamente *formale* in favore di colui che ha ottenuto con essa la dichiarazione del diritto medesimo. Comunque, l' indole, o la natura, o il carattere precedente del diritto non spiegano l' efficacia che gli è attribuita dalla legge, e l' *actio judicati*, che è proprio il portato di questa efficacia, non può essere che di natura indifferente, ossia nè civile nè commerciale nel senso antitetico che si dà alla parola. E perciò le eccezioni che la ostacolano, o non vanno soggette ad alcuna regola, od obbediscono alle regole comuni, compresa la eccezione di prescrizione. »

Or in tutto ciò convengono, come notavo, sostanzialmente, non solo il Mattirolo e il Vivante, nei luoghi citati, ma anche il Mortara, che pure dà base, come ben dice il Fadda (in *Rivista pratica* citata) « a un' opinione così contrastata, » fondandosi « sopra i concetti essenziali del processo e dell' azione, » ed è, come dice lui stesso (*Comm.* cit. n. 442), consenziente nel criterio adottato dal Fadda, che richiamò la controversia, « con corredo di larga erudizione e con visione esatta del metodo scientifico, ai principii fondamentali della scienza procedurale. »

Ecco infatti come il Mortara (loc. cit.) riassume bellamente, per la questione, il nocciolo della sua così originalmente esposta teoria dell' azione civile: « È da considerare che la sentenza la quale dichiara il diritto di una specie o di un' altra, elimina la possibilità di prescrizione della pretesa alla dichiarazione di tal diritto. Un' altra pretesa, invece sorge legittimamente dalla sentenza, non dalle peculiari qualità del diritto in essa dichiarato; e che ha per oggetto non più l'accertamento del rapporto giuridico subbiettivo in cui quel diritto funziona, ma un rapporto di diritto processuale tutto diverso, quale è la modificazione o diminuzione dello stato patrimoniale del soggetto passivo del diritto dichiarato. »

II. Ma la seconda massima della suprema corte napoletana, ricordandomi quanto hanno scritto per altre occasioni lo stesso Mortara, altrove (*Manuale della proc. civ.* vol. II. ediz. 3ª, n. 528), e Fadda e Bensa (in Windscheid, *Diritto delle pandette*, vol. I, pag. 1289), mi dà opportunità di accennare ad un caso presentatomisi poco tempo fa. La questione era la seguente:

Qualora una sentenza di condanna al pagamento di una somma dovuta in virtù di cambiale venga notificata in forma esecutiva e con minaccia di esecuzione, il debitore, che sostenga di aver pagato una somma minore, ha interesse di rivolgersi al giudice per chiedere al medesimo, in prima istanza, che dichiari cessati gli ef-

È, difatti, regola antichissima di dritto che *omnes actiones quae morte aut tempore pereunt*, *semel inclusae judicio*, *salvae permanent* (legge 139 *de div. reg. juris*).

---

fetti della sentenza, e può essere ammesso a provare la transazione a mezzo di testimoni?

Innanzi tutto è da escludere il dubbio che la chiesta dichiarazione di cessazione degli effetti della sentenza di condanna implichi un esame che andrebbe deferito al giudice competente in via di gravame. Infatti, secondo la questione in esame, la sentenza sarebbe stata eseguita, essendosi dal debitore pagata in via di transazione una somma minore di quella dovuta: non si potrebbe quindi proporre più contro di essa alcun gravame (art. 465 cod. proc. civ.).

È poi da escludere altresì il dubbio circa l'attualità dell'interesse a proporre la istanza per la dichiarazione suddetta e quindi circa l'ammissibilità della istanza medesima. La notifica di una sentenza fatta per le conseguenze di legge non costituisce il notificato in mora pel pagamento e non porta al notificato alcun pregiudizio. Ma quando la notificazione è fatta in forma esecutiva ed in essa è minacciata anche la prosecuzione degli atti, in mancanza del pagamento della somma per la quale è condanna, non è necessario che il notificato aspetti il precetto per muoversi e far valere i suoi diritti.

Resta ad esaminare se nella specie si tratti sempre di una causa di natura commerciale, come quella che è originata da una sentenza emessa alla base di un titolo cambiario, o invece di una causa civile, e ciò per potere correttamente applicare il controverso disposto dagli art. 1314 cod. civ. e 44 cod. di commercio, circa l'ammissibilità o meno della prova testimoniale in tema di transazione.

È inutile entrare nella discussione che si fa per sapere quale sia il momento in cui una sentenza acquisti autorità come tale e si debba prescindere dal rapporto in essa dichiarato. Sembra della maggiore evidenza che il pronunziato del giudice ha tutti i requisiti per spiegare la forza della *res judicata* fin dal primo momento della sua pronunzia (salvo la sospensione della sua autorità definitiva per il periodo di tempo in cui può essere nei modi di legge impugnata), e che fin da tale momento è titolo formale, autonomo e indipendente, così che il rapporto di diritto in essa dichiarato non è più nè commerciale, nè civile, nel senso antitetico della parola, ma civile nel senso più generale, e ad essa si applica la legge civile. La conseguenza logica, è che in tema di transazione, come per tutte le altre questioni che si sono fatte (es. quella della prescrizione), non è lecito nemmeno accennare alla prevalente opinione che in materia commerciale, per virtù del combinato disposto dei citati articoli 1314 cod. civ. e 44 cod. di commercio, la prova si possa fare anche con testimoni. La legge civile prescrive che la transazione deve farsi per atto scritto *solemnitatis causa*, e la sentenza sulla quale la transazione è avvenuta non consente applicazione di altra legge. D'altronde, anche per diversa via, si giunge alla stessa meta. Ammesso pure che la transazione sia fatta sopra un debito cambiario, non è detto che la transazione medesima, ove non sia intervenuta tra commercianti, e non si tratti di affare commerciale, debba dirsi un contratto di natura commerciale, solo perchè la cambiale lo è sempre, a causa del suo carattere formale. La transazione non è un contratto accessorio, ma è indipendente da quello che avesse generato la lite (art. 1764 cod. civ.), o la *res dubia* (L. 1 Dig. *de transact.* 2. 15), sulla quale ha fondamento, e sta da sè.

Questo, ed altri casi ancora, provano quale sia l'entità sistematica di questa, che i magistrati in genere e molti scrittori hanno decisa o studiata come una ordinaria questione pratica per sè stante. È merito del Fadda di averla riassunta

In applicazione di questa regola, quando interviene la sentenza di condanna, l'azione messa in movimento, riconosciuta e consacrata dal Magistrato rimane di certo salva, essendo incompatibile la prescrizione con la condanna. Dopo di questa è bensì possibile l'inizio di una nuova prescrizione; ma in tal caso non può essere più la prescrizione dell'originaria azione esaurita e consacrata dalla sentenza, ma bensì quella dell'altra azione esecutiva che deriva dalla condanna, la quale se non una vera novazione nel senso degli art. 1267 e seguenti del codice civile, produce di certo un novello stato ed una novella vita giuridica, per effetto di cui al titolo primordiale viene sostituita la sentenza del magistrato ed alla originaria azione quella che nasce e si svolge esecutivamente per effetto della condanna.

Applicando questi principii alla causa presente, la prescrizione decennale invocata dai ricorrenti e giustamente respinta con la sentenza impugnata, non può essere che o anteriore o posteriore alle diverse sentenze contumamaciali del 1885, l'una del Pretore e le altre del Tribunale di Reggio, munite tutte della clausola di provvisoria esecuzione.

La prescrizione anteriore è di certo quella della originaria obbligazione od azione, quella cioè decennale contemplata dal succitato articolo 917 del codice di commercio, ma doveva essere proposta o in prima istanza o con lo appello avverso quelle sentenze a norma degli articoli 2110 del codice civile e 490 490 del cod. di proc. civ.; il che non si è fatto, perchè in prima istanza vi fu la contumacia del debitore condannato ed appellazione sin oggi non è stata prodotta. La prescrizione posteriore a quelle sentenze non può essere che quella trentennale a norma dell'art. 2135 del cod. civ. per tutte le ragioni superiormente esposte.

Ritenuto quindi quello stesso che è stato riconosciuto dalla sentenza impugnata, vale a dire che dopo una sentenza di condanna la prescrizione non può essere che trentennale, inopportunamente e senza pratica utilità tanto la sentenza impugnata che i primi cinque mezzi del ricorso si occupano della nullità o meno della notifica della sentenza pretoriale 20 giugno - 1° luglio 1885, avvenuta insieme al precetto mobiliare addì 3 marzo 1894, e della interruzione della prescrizione avvenuta con la domanda di concorso del 1892 o 1896. Imperocchè in quanto alla notifica della sentenza e precetto 3 marzo 1894, la questione poteva e doveva avere importanza, se si fosse trattato di appellazione contro quella sentenza di competenza del Tribunale e non già della Corte di appello; ma agli effetti della prescrizione eccepita *in alio judicio*, verificatasi dopo o non prima di quella ed altre sentenze, era ed è indifferente se esse fossero state o non notificate. La sentenza impugnata credette seguire un ordine di idee e concetti giuridici messi innanzi dagli ap-

---

sotto i « principii fondamentali della scienza procedurale », dai quali si diparte, e del MORTARA di averne dedotta la risoluzione dai « concetti essenziali del processo e dell'azione. » Auguro a me stesso di poter presto su questa via fruttuosa, in apposito lavoro d'indole generale, sviluppare anche qualche punto, che nel mio scritto inserito nella *Giurisprudenza italiana* del 1900, rimase incompleto.

pellanti, quello cioè che per aversi la prescrizione trentennale e non la decennale, la sentenza dovesse essere passata in giudicato irretrattabile; il che è un grave errore, essendo risaputo che vi sia una triplice categoria di giudicati, quelli contro cui non è ammesso nessun gravame ordinario o straordinario — quelli passibili di soli gravami straordinarii — o quelli contro cui siano ancora aperte le vie ai gravami ordinarii e straordinarii. In quest' ultimo caso non stan meno la sentenza ed il giudicato sino a quando coi mezzi indicati dalla legge non venga rifermato, revocato ed annullato; ma sino a che la sentenza sta e deve stare per non essersi proposto nessun gravame ordinario e straordinario, essa ha valore di giudicato agli effetti della prescrizione eccepita, notisi bene, non già nel giudizio di opposizione, di appellazione, revocazione o cassazione, ma bensì *in alio judicio* in cui quelle sentenze devono rimanere salde e non possono essere discusse. Giova ripeterlo, qui lo errore dipese dall'essersi confuso il giudizio attuale, in cui tutte quelle sentenze non possono esser toccate in nessun modo, col possibile giudizio di opposizione contro le sentenze medesime.

P. q. m. rigetta.

3 dicembre 1903

Pres. SALVATI — P. M. CAMMAROTA (concl. diff.) — Est. pel 1. e 2. motivo PETRUCCELLI, pel 3° e 4° COSENZA.

Clarizia — Banca Popolare di Sala Consilina

Esecuzione immobiliare — Sospensione d' incanti — Sentenza appellabile — Offerta di prezzo—Inesattezza del catasto — Art. 702 n. 3,663, e 675 cod. proc. civ.

È appellabile la sentenza del Tribunale che ordina la sospensione degl' incanti (1).

---

(1) Ben poco è da aggiungere alle parole con le quali la Corte di Cassazione di Napoli giustifica la massima da essa proclamata.

Le eccezioni di nullità di cui parla il n. 3 dell'art. 702 cod. proc. civ. sono soltanto quelle di *forma* o di *termini* e non quelle di *merito* e di *sostanza,* poichè se le esigenze speciali dei molti interessati alla celerità del giudizio esecutivo possono giustificare il diniego dell'appello per le sentenze che respingono eccezioni di pura forma, quando invece trattasi di *merito,* di *diritti* delle parti, risorge in tutto il suo vigore il principio del doppio grado di giurisdizione. V. conf. MATTIROLO, *Dir. giud. civ.,* 4. ediz., vol. VI, n. 468; CUZZERI, *Il cod. ital. di proc. civ.,* 2. ediz., vol. VIII, all'art. 702; MORTARA, *Man.,* 3. ediz., vol. II, n. 821.—CASS. ROMA, 12 marzo 1880, *Legge,* 1880, 1, p. 657; 17 giugno 1891, *id.,* 1891, 2, p. 613-14, e 30 marzo 1897, *La Procedura,* 1897, p. 396 — CASS. TORINO, 23 marzo 1870, 9 febbraio 1873, e 29 luglio 1875, *Giur. tor.,* 1870, p. 321, 1873, p. 357, e 1876, p. 35. — CASS. FIRENZE, 9 luglio 1877, *Legge,* 1877, I, p. 754. — CASS. PALERMO, 12 agosto 1879 e 12 agosto 1882, *Circ. giur.,* 1880, 2, p. 76-7, e 1883, 2, p. 35; 1° settembre 1887, *id.,* 1887, 2, p. 341; 9 marzo 1893 e 18 giugno 1895, *Legge,* 1893, 1, p. 739, e 1895, 2, p. 188. — APP. NAPOLI, 2 ottobre 1871, *Gazz. proc.,* VI, p. 464.— APP. TORINO, 10 aprile 1871, *Giur. tor.,* 1871, p. 371, e 26 maggio 1894, *id.,* 1894, p. 745. — APP. VENEZIA, 4 ottobre 1877, *Giornale delle leggi,* 1878, p. 20-21; 8 marzo 1882, *Gazz. legale,* 1882, p. 161; 17 marzo 1883, *Legge,* 1883, 2, p. 232. — APP. PA-

Il creditore che ha fatto l'offerta di prezzo a norma dell'art. 663 cod. proc. civ. diventa aggiudicatario dell'immobile espropriato, ove non vi siano maggiori offerte, nè può recedere dall'offerta fatta col pretesto di errori nel certificato catastale in base al quale fece l'offerta **(1).**

(*Omissis*) Sul secondo motivo osserva che del pari è insussistente il motivo di cui trattasi. Esso è diretto a censurare l' impugnata sentenza per

---

LERMO, 12 febbraio 1886, *Circ. giur.*, 1886, 2, p. 166. — APP. GENOVA, 11 febbraio 1879, *Eco giur.*, III, 138. — APP. BOLOGNA, 11 ottobre 1879, *Foro it.*, V, 397.

(1) La seconda massima è anch'essa pienamente conforme ai principii di diritto.

Il contratto di compravendita dell'immobile in espropria è già perfetto quando il creditore istante ha fatto l'offerta di prezzo, e solo è subordinato alla condizione che maggiori offerte non vengano fatte all'udienza in cui seguono gl'incanti; l'*jus poenitendi* non è concesso perciò all' offerente il quale rinunzia, e non implicitamente ma *ope legis*, al diritto di revocare la sua offerta. Come nel giudizio di purgazione l'acquirente di un immobile gravato d'ipoteche che abbia offerto di pagare il prezzo od il valore dichiarato non può più revocare la sua proposta se altri creditori non abbiano offerto l'aumento del decimo e la cauzione nel termine di cui all' art. 2045 cod. civ.; così nel giudizio di espropriazione il creditore istante non può più revocare la fatta offerta di prezzo se altri oblatori non si presentino, e del pari chi offre un aumento all'udienza degl'incanti resta obbligato a mantenere la sua offerta se non ne sia sopravvenuta altra maggiore. Quest'obbligo in tutti e tre i casi deriva dal contratto concluso mediante l'offerta fatta, e che è irrevocabile *ope legis,* poichè mediante essa, e propriamente mediante la dichiarazione di volontà che in essa è contenuta, il contratto è conchiuso, ed il contraente è tenuto a sottostare alle conseguenze di esso.

Nè potrebbe dirsi che di contratto non è a parlare, perchè manca l'accettazione della proposta, e quindi l' offerta sarebbe una semplice *pollicitatio;* poichè — senza volere, in questa breve nota, addentrarmi nelle varie e gravi questioni che si agitano intorno alle promesse obbligatorie e ai contratti *in incertam personam,* per le quali potrà consultarsi la recente opera dello SCIALOIA: *L' offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico* (Città di Castello, 1902) — è certo che nel caso in questione, anche a voler ritenere la fatta offerta una promessa, essa sarebbe sempre obbligatoria ed irrevocabile pel disposto degli articoli 663 e 675 cod. proc. civ. insieme combinati e per lo spirito che li informa.

Potrebbe anzi aggiungersi, a mio parere, che se pure l'offerta, appena fatta, costituisse una promessa, una semplice proposta, l' accettazione di essa si avrebbe quando, non sorgendo contestazioni sulla medesima nè da parte del creditore nè dalla massa dei creditori, il magistrato nella sentenza di autorizzazione a vendere ordina gl' incanti dell'immobile in espropria pel prezzo offerto. Ma, ripeto, anzichè ricorrere a questa teoria, io credo preferibile quella enunciata in principio di questa nota e ritenuta dalla Suprema Corte, per la quale dalla stessa dichiarazione di volontà dell'offerente nasce l'obbligo di non revocare l' offerta e di restare aggiudicatario dell'immobile, obbligo che vien meno solo quando, sorgendo una proposta migliore, il contratto si risolve pel verificarsi della condizione cui era subordinato.

Ogni resipiscenza è vana perciò da parte dell'offerente, poichè *quod semel placuit amplius displicere non potest* e *pacta sunt servanda*; nè l' errore nei certificati catastali può servirgli di pretesto, per tutte le ragioni ampiamente svolte nella sentenza del Supremo Collegio, e che non istarò qui a ripetere.

Solo aggiungo che la Corte di Cassazione di Palermo ebbe già a decidere uni-

aver ritenuto ammessibile lo appello contro la sentenza del Tribunale riflettente la sospensione degl' incanti.

Il ricorrente invoca il n. 3 dell'art. 702 del Cod. di proc. civ. sostenendo l'inammessibilità di tale appello; ma la determinazione del prezzo della vendita costituisce parte sostanziale della medesima e non le modalità cui si riferisce la suindicata disposizione di legge che proclama la inammessibilità dello appello avverso sentenza che rigetta le eccezioni di nullità o modificazioni o aggiunte alle condizioni della vendita.

Nella specie la sentenza del Tribunale respingeva l'eccezione del creditore istante circa la primitiva offerta di prezzo della vendita; quindi non trattavasi di modalità, ma di parte sostanziale della vendita, e non era applicabile l'art. 702 n.° 3 del Cod. di proc. civ. giusta la dottrina e la giurisprudenza in proposito.

Sul 3. e 4. mezzo osserva che la legge con l'art. 663 cod. proc. civ., ad evitare le spese di una perizia, dà facoltà ad ogni creditore al quale convenga l'acquisto dei fondi in subastazione di fare un' offerta di prezzo non minore di 60 volte il tributo diretto verso lo Stato. Con essa il creditore diventa compratore, se maggiori offerte non sopravvenissero all' aprirsi degl' incanti. E la vendita è perfetta tuttochè non vi fossero le due persone del compratere e venditore che contrattano *de facie ad faciem*; si tratta di vendita forzata che si attua per mezzo del magistrato il quale ne stabilisce le condizioni. Ora l' accettazione del contratto che per gli oblatori avviene al momento in cui si aprono le subaste, pel creditore che offre il prezzo avviene al momento in cui egli fa l' offerta di prezzo, la quale non è altro che la conclusione del contratto di compravendita sotto condizione che offerte maggiori non sopravvenissero. Non vi ha perciò differenza alcuna fra i due oblatori, l' offerente di prezzo cioè e l'offerente dell'asta.

È dunque l'offerta di prezzo un'offerta definitiva, certa ed irrevocabile dalla legge ammessa e facilitata per evitare le spese della perizia.

Essa forma la base degl' incanti e non ammette resipiscenza per parte di colui che la fa, altrimenti crollerebbe tutto il procedimento di espropriazione.

---

formemente a quella di Napoli con sentenza 18 luglio 1901 (*Foro sic.*, 1901, pag. 428); che è stato pure ritenuto che, fatta l'offerta di prezzo, non si può dopo sotto pretesto d'inesattezza del catasto o altro domandare la perizia (App. Venezia, 20 aprile 1887, *Legge*, 1887, I, 739: v. però *contra* App. Cagliari, 27 settembre 1887, *Legge*, 1888, I, 123); e che infine è anche giurisprudenza prevalente che il debitore espropriato non può chiedere che, fatta l' offerta di prezzo dal creditore istante, sia invece il prezzo determinato con perizia sotto il pretesto d'inesattezza del catasto o del maggior valore del fondo in espropria (Cass. Napoli, 28 febbraio 1871, *Annali*, V, 171; Cass. Palermo, 30 settembre 1886, *Legge*, 1887, II, 338; App. Roma, 25 agosto 1892, *Foro*, 1893, I, 49; App. Perugia, 30 aprile 1868, *Annali*, II, 504. V. pure conf. Mortara, op. vol. cit., n. 777; Lessona, *Man. di proc. civ.*, 1900, n. 303; Cuzzeri, op. vol. cit., all' art. 663, n. 3; Gargiulo, *Comm.*, allo stesso art.; Ricci, *Comm.*, III, n. 158; Saredo, *Istit.*, n. 996; Mattei, *Annotaz.* a quest' art.; Caberlotto, *Annuario proc. civ.*, IX, p. 301; Scialoia, *Foro it.*, XVIII, 49; Cesareo-Consolo, III, p. 599).

Arturo Erra

L'offerente poichè si determina a presentarla non altro certamente calcola che il valore del fondo che compra. Esso bilancia se la cosa che si vende vale la somma che egli offre, e se rientra nelle sue convenienze l'aggiudicarsi il fondo in subastazione pel prezzo che vien da lui offerto. Egli fa una equazione tra la cosa che si vende ed il prezzo che paga; null'altro può entrare nei suoi calcoli come causa determinante alla compra. Il certificato del tributo fondiario non ha valore di sorta per l'offerente. Esso è richiesto dall'art. 665 C. p. c. non nel suo interesse, perchè egli deve guardare le cose che compra, ma per garentia della massa dei creditori nell'interesse della quale la legge stabilisce un minimo come base dell'offerta, lasciando libero il campo alle offerte maggiori. E le parole dell'articolo suddetto rivelano questo pensiero del legislatore, perchè ivi è imposto all'offerente l'obbligo di fare un'offerta non minore di 60 volte il tributo diretto verso lo Stato, se si vendono beni di cui il debitore ha il dominio pieno. Si tratta dunque di un obbligo imposto all'offerente non di un dritto a lui accordato, perchè il suo dritto non ha limiti e può estendersi all'infinito.

Dalle quali cose discende che non sia dato all'offerente di recedere dall'offerta fatta o di mutarne le basi, sotto il pretesto di aver offerto in più di 60 volte il tributo diretto verso lo Stato sulla base di un certificato erroneo rilasciato dall'esattore, e che tutto questo costituisce un errore di fatto capace a viziare il consenso della compravendita.

Imperocchè in siffatta materia l'errore determinante il prezzo dovrebbe cadere sulla cosa che forma soggetto della compra e che costituisce il corrispettivo del prezzo; bisognerebbe trovare nella cosa che si vende un vizio occulto che ne diminuisca il valore. Ma se ciò non avvenne, se invece il compratore vista la cosa offre un prezzo determinato, tutto questo implica la idea che l'acquisto a lui conveniva pel prezzo offerto tuttochè fissato da lui a base di certificati erronei.

Adunque se pur questo errore di fatto fosse accertato non è un errore *dans causam contractui*, ma accidentale, e di poca importanza, tenuto conto della disposizione dell'art. 663 che fissa un minimo e non determina un massimo dell'offerta di prezzo.

Laonde se questi sono i principii veri che regolano la materia, errò la Corte di merito allorchè ritenne che il consenso sull'offerta di prezzo è coordinato al tributo diretto verso lo Stato, e che il consenso vien meno se le condizioni di fatto in quanto al tributo stesso si scorgono mutate, e come conseguenza ritenne che diminuito il tributo fondiario potesse diminuirsi anche il prezzo offerto.

Ciò è un errore perchè il consenso ad una compravendita non è determinato dal tributo fondiario ma dal valore della cosa che si vende, ed è irrevocabile una volta che fu dato.

(*Omissis*).

25 giugno 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MASUCCI (concl. conf.) — Est. CIANCI DI SANSEVERINO

Guerra — de Giosa — Comune di Capurso

Sentenza — Ragioni della decisione — Obbligo del magistrato di esaminarle anche se non dedotte con conclusioni specifiche.

Prescrizione decennale — Se il dubbio sulla legittimità del possesso escluda la buona fede. Art. 2137 cod. civ.

Formula « Reietta ogni contraria eccezione e maggiore istanza » — **Se escluda il difetto di motivazione.** Art. 517 n.º 2 e 6 proc. civ.

È obbligo del magistrato di esaminare i punti giuridici che, pur non essendo dedotti con conclusioni specifiche, sono le ragioni fondamentali su cui poggia la causa.

Perchè possa ammettersi la prescrizione decennale occorre l' estremo della legittimità *del possesso ed il dubbio su di essa esclude totalmente la buona fede.*

Il magistrato ha l' obbligo di esaminare i titoli esibiti dalle parti, ed è difettivo il suo giudizio, quando, pur esprimendo un convincimento sul valore delle prove, trascuri di esaminare i titoli su cui si fondano. Nè la sentenza si salva dall' annullamento quando nel dispositivo si trovi la formola « reietta ogni contraria eccezione e maggiore istanza.

(*Omissis*) Contro questa sentenza ricorre al Supremo Collegio il cittadino contribuente Vito Guerra, e tutti i mezzi di annullamento si. riassumono nelle seguenti proposizioni: La sentenza non solo cade in contradizione, ma difetta assolutamente di motivazione giacchè il diritto del Comune al suolo in disputa fu luminosamente provato, ed anche la usurpazione fu messa in evidenza tanto dalle circostanze sopraindicate quanto dai documenti prodotti intorno ai quali, se togli il rapporto peritico del 1854, la Corte di Appello non vi spese alcuna parola.

Oltre di ciò il ricorrente Guerra chiese la esibizione degli atti di espropria, come pure la perizia; e pure la Corte, là dove riconosce che vi è dubbio di risolvere, in quella vece assolutamente passa in silenzio sui chiesti mezzi istruttorii e quindi sanziona l' arbitraria occupazione e la commessa usurpazione in danno del Comune e dei cittadini.

Considerando che tali censure appaiono ben fondate se pongasi mente, che la Corte divagando in principio astratti di diritto intorno alla *reivindicatio*, non seppe accomodarli *quadam arte iuris*, ai fatti concreti della causa. Egli è vero che i magistrati non hanno l'obbligo di rispondere a tutte le argomentazioni che le parti espongono a sostegno della loro tesi; ma non è men vero che son tenuti ad esaminare i punti giuridici, che per avventura costituiscano ragioni fondamentali e decisive della causa, quantunque non fossero dedotte con distinta e specifica conclusione. Or nel caso concreto, se la Corte avesse sottoposto a diligente esame gli estratti dei registri amministrativi e contabili dei Paolotti e la tabella della situazione economica di quel convento, redatta ai 6 ottobre 1865 vi avrebbe riscontrato elementi irrefragabili

circa il possesso materiale nel Comune dal 1850 al 1856 sul giardino in disputa. Inoltre, messi in raffronto il verbale ed istrumento di fitto del 30 aprile 1864, e 15 novembre 1868, non solo con i verbali di vendita del 16,17 aprile 1868, fra il Demanio ed il de Giosa, ma anche con la nota Intendenziale dei 10 luglio 1886, con la relazione dell' Ingegnere Sergiacomi dell' Ufficio Tecnico in data 17 luglio 1885, munita della pianta dimostrativa delle località in disputa non senza il riscontro dei certificati catastali, la Corte, in presenza del possesso precario del convenuto sull'orto già dei Paolotti non avrebbe forse recisamente affermato nè che il Comune fu sempre estraneo al possesso da lui vantato, nè che la prescrizione *longi temporis* avesse estinto ogni suo diritto. Di vero lo stesso De Giosa, con la comparsa del 15 ottobre 1888, richiamata con l'altra dei 15 maggio 1889 dubitando della prescrizione trentennaria, si appigliò alla decennale, fondata sul giusto titolo di acquisto, accompagnato da buona fede.

La Corte di Appello a buon dritto non seguì in cotesta via i primi giudici, quantunque non avessero determinato a quale delle due prescrizioni intendessero accennare. La buona fede non è che la ferma credenza del proprietario acquirente di aver sulla cosa un potere assoluto; *iusta opinio*, come disse il Pothier, *quaesiti dominii*, e codesta credenza ai termini di legge non poteva affacciare il de Giosa. Egli anche dopo l' acquisto degli appezzamenti pervenuti al Demanio dal Carmine Maggiore, non solo stipulò l'affitto del giardino dei Paolotti col Demanio stesso, giusta l'istrumento rogato Volpe del 1868, ma adempì puntualmente per quattro anni agli obblighi della locazione. Sarebbe superfluo qui ricordare che per la prescrizione decennale non basta il possesso sia esente di mala fede, ma è necessario invece l'elemento positivo, cioè la coscienza della legittimità di esso, di guisa che il semplice dubbio esclude la buona fede: *in dubiis certa fides esse non potest; non satis est bona opinione esse nisi fides adsit.* Invece sarà più utile osservare che se la Corte di Appello ritenne implicitamente non ammissibile il possesso di buona fede, a più forte ragione non poteva in de Giosa supporre il possesso necessario alla prescrizione trentennaria. Perocchè, ammessa pure la inversione del titolo nel 1872, la qual cosa non fu nemmeno dedotta dal De Giosa; egli è certo che da quel punto di partenza al 1888, allorchè il Comune intentò l' azione, non era decorso il trentennio. La Corte di Appello adunque non esaminò e discusse le deduzieni decisive dell'appellante, sostenute dai documenti esibiti, giacchè di essi, a vero dire sembra quasi non ne abbia avuto visione.

Considerando per altro verso che, se il giudizio sul valore delle prove ed anche di una perizia, è sindacabile in cassazione, quando sia informato a falsi ed erronei criterii di legge, *a minori ad maius* è soggetto a censura, allorchè quel giudizio è difettivo e manchevole, per essersi intieramente negletto dal giudice lo esame dei titoli esibiti, i quali, fra le ambragi e le coperte vie, avrebbero potuto guidarlo alla ricerca del vero.

Nè si dica che la formula « *reietta ogni contraria eccezione e maggiore istanza* » fedelmente consacrata dalla Corte nel dispositivo faccia sfuggire la sentenza al chiesto annullamento; giacchè quella formula potrebbe al più salvarla dal vizio di omessa pronunzia, ma non può salvarla dall'altro vizio di

omessa motivazione (art. 517 n. 2 e 6 proc. civ.). Difatti la Corte nulla disse riguardo ai documenti giustificativi del possesso legittimo del Comune dal 1850 al 1856, in cui avvenne la usurpazione per opera dei PP. Minori, dai quali ha causa il De Giosa; nulla motivò intorno al *ius reversionis* del convento con tutte le accessioni e dipendenze, diritto derivante *ex stipulatu* cioè dall' atto di cessione rogato Giannelli dei 30 novembre 1856. Nè pose mente la Corte tanto alla dedotta imprescrittibilità del suolo pubblico, quanto alla precarietà del possesso di de Giosa dipendente da un titolo di affitto posteriore al preteso titolo di acquisto. Insomma la Corte afferma che il comune non ebbe mai in possesso la zona di terreno che reclama e ciò dicendo omette di passare a rassegna gli atti e titoli all'uopo prodotti e non ricorda che una semplice affermazione non può scambiarsi in ragionata motivazione.

Oltre di ciò la sentenza si involge in contradizione allorchè scorgendo non pochi dubbii circa il diritto del Comune, omette ogni considerazione sulla dimanda sussidiaria del ricorrente in riguardo ai mezzi istruttorii diretti a dileguare ogni incertezza ed allorchè abbracciando l' altra tesi della prescrizione dimentica la prima proposizione e si mostra dominata da inesatti criteri di legge sul possesso idoneo alla prescrizione stessa (art. 686 e 2106).

Per tali motivi. La Corte. Cassa a rinvia.

31 ottobre 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. CAMMAROTA (concl. diff.) — Est. CIANCI DI SANSEVERINO

Comune di S. Severina — Squillace

Dazii — Appalto per la riscossione a prezzo fatto — Indole di tal contratto — Patto di accettare le variazioni di voci nella tariffa — Validità. Art. 75 legge sulla riscossione dei dazii 15 aprile 1897; 223 del reg.to relativo.

Il contratto di appalto a prezzo fatto non è del tutto equiparabile ad un contratto di locazione d' opera e però non può dirsi un contratto commutativo.

È valido il patto con cui l' appaltatore del dazio accetta le possibili mutazioni di tariffa a norma di legge.

Considerando che il Comune col 1.° motivo investe la sentenza, per difetto di motivazione in relazione a diverse disposizioni del cod. civ. per avere il magistrato di appello ritenuta la nullità del patto, con cui l' appaltatore assumeva l'obbligo di osservare la tariffa, che sarebbe approvata dall' autorità competente nel corso della esecuzione del contratto di appalto per il 1900 e 1901.

Nè il Comune in ciò male si appone, giacchè il tribunale di Catanzaro, nel prolisso suo ragionamento muove innanzi tutto da errati criterii, assimilando con perfetta equazione il contratto di appalto al contratto di locazione senza badare che il primo è di natura *complessa*; onde per i patti accessorii, che vi si possono aggiungere le parti son tenute ad osservare disposizioni di legge che son proprie di contratti ben distinti da quello di locazione. Di fatto il contratto di appalto richiede una durata di tempo, una

serie di operazioni successive, mediante le quali il negozio giuridico può perfezionarsi, e per ciò stesso, come in un periodo della esecuzione uno dei contraenti può guadagnare da un lato, così può rimettervi dall'altro.

Per la qual cosa non è esatto il dire che sia un contratto *commutativo* nella sua purezza, come ritenne il tribunale; specialmente quando il deliberatario assume la impresa per un prezzo determinato ed assolutamente invariabile, di che non è a dubitarsi nel caso concreto. Sotto questo aspetto il Municipio di Santa Severina a ragione si duole della poca correttezza dei concetti che informano la denunciata sentenza, nel punto in cui dichiara la nullità del patto aggiunto al n. 10 dell'avviso d'asta, o bando, mentre è insito nell'indole complessa del contratto di appalto il provvedere a fatti eventuali ed accidentali, il comprendervi compensazioni dirette a mantenere l'equilibrio dei corrispettivi in tutto o in parte del tempo nel quale dovrà svolgersi la sua esecuzione. Posto ciò, era ben lecito alle parti il prevedere una possibile deficienza ed aumento di riscossione dei dazii, e, valutando preventivamente l'una e l'altra cosa, non era ad essi vietato un pieno accordo nel fissare, ad ogni caso la invariabile permanenza del prezzo, nonostante le possibili mutazioni della tariffa.

Aggiungasi che tale condizione, costituente parte integrante dell'avviso d'asta, era legittimata dal fatto che le variazioni della tariffa avrebbero dovuto operarsi ai termini di legge e regolamenti e con approvazione dell'autorità pubblica. Ora, in conformità dell'art. 75 della legge 15 aprile 1897 sui dazii, testo unico, e dell'art. 223 del regolamento dei 27 febbraio 1898, l'una e l'altro anteriori alla deliberazione comunale dei 10 ottobre 1898, ed in confronto altresì dell'art. 10 della legge dei 14 luglio 1898 n. 302, appare evidentemente errato il concetto del tribunale, allorquando afferma che la variazione della tariffa non fosse dipesa *ex lege*, ma dal fatto dell'uomo.

Di vero, nell'art. 223 del regolamento dei 28 febbraio 98 n. 83 è detto esplicitamente. « Nei contratti di appalto la cui durata ecceda il quinqnennio 1896-1900 i comuni devono fare opportuna riserva per le eventuali variazioni al canone di abbonamento che potranno aver luogo in dipendenza della facoltà che essi hanno di chiederne la revisione, nell'anno 1900, giusta il successivo art. 224.

« Entro due mesi della pubblicazione del presente regolamento i comuni sono tenuti a partecipare all'Intendente di Finanza il metodo col quale i dazii vengono riscossi e, in caso di appalto, debbono trasmettergli una copia del relativo contratto ».

Or si sa che i comuni son soggetti alla tutela governativa, la quale interviene in tutti i loro contratti, prima per renderli esecutivi, con la ordinazione del Prefetto o sottoprefetto, i quali debbono accertarsi se siano osservate le forme prescritte, e poi per renderli inefficaci, facendo annullare per decreto regio le deliberazioni, per cui furono conclusi.

Sicchè, da questo lato la sentenza cade giustamente nelle censure, intorno alle quali si intrattiene il primo motivo del ricorso accusandola di violazione degli art. 1102, 1162, 1578, 1619, 1620 e 1621 C. C. perchè dominata da falsi apprezzamenti di diritto, con motivazione non corrispondente ai voti di legge.

Considerando che la parte motivata della sentenza appare egualmente illogica, allorquando afferma che il patto aggiunto nell' avviso d' asta sul parere del Consiglio di Prefettura per effetto dell'art. 169 della legge Comunale, testo unico 4 maggio 1898, si riferisce soltanto alle possibili variazioni, dipendenti dal diritto di revisione del canone governativo, nell' esclusivo interesse dello Stato in rapporto al Comune senza punto toccare la deliberazione del 10 ottobre 1898 e la tariffa annessa che fu stabilita in quella data medesima, nei rapporti dello appaltatore.

A convincersi dell' errore in cui cadde il Tribunale, basta il notare che quel patto è diviso in due parti, che con più diligente attenzione il magistrato di appello avrebbe potuto ben rilevare. Nella prima son considerate le relazioni fra il Comune e lo Stato, per l' abbonamento del canone governativo e nella seconda son previsti i rapporti tra il Comune e l' appaltatore, nel senso che egli fosse vincolato ad accettare la tariffa, che sarebbe approvata dall' autorità competente, restando sempre impregiudicato il prezzo dell'appalto giusta lo art. 10 dello avviso d'asta, accettato scientemente da esso appaltatore, con la formale ed esplicita sua dichiarazione, inserita nel verbale di deliberamento dei 19 dicembre 1898.

Nè il Consiglio di Prefettura, nel sottoporre il deliberato dei 10 ottobre 1898 all'approvazione sotto la condizione espressa in quell'articolo del bando esorbitò dai limiti del suo potere, come avvisò il tribunale, giacchè trattandosi di contratto eccedente il valore di L. 8000 l' autorità amministrativa è chiamata a dare il suo parere tanto sulla regolarità del progetto quanto sulla convenienza di esso a norma del citato art. 169 della l. com. e prov. e può sinanco dopo gl' incanti negare il suo assenso, quando abbia ragioni sufficienti di dubitare intorno alla regolarità con cui furono eseguite le aggiudicazioni.

Sul proposito è costante la giurisprudenza amministrativa e dei tribunali ordinarii, com'è costante la dottrina degli scrittori nel ritenere che le attribuzioni date al Consiglio di Prefettura in quell'articolo consistono nell'esame di legalità del contratto e però sono senza confini; abbracciano ogni inosservanza di legge, intrinseca ed estrinseca, sostanziale e di competenza, di legge vera e propria e di regolamento, senza distinzione se fosse o no prescritta a pena di nullità.

Considerando che ciò basta al pieno annullamento della sentenza per le violazioni giuridiche già innanzi riferite, in relazione ai N. 2.° e 3.° dell'art. 517 proc. civ. Senonchè, dovendo riprodursi integralmente la causa in rinvio, non sarà superfluo far rilevare, che la oppugnata sentenza erroneamente invocò, come criterio per la misura dei danni contro il Comune, la deliberazione dei 24 novembre 1900, mediante la quale fu conceduto l' abbono di L. 650 allo appaltatore.

Con ciò il tribunale dimenticò che, per l'art.° 279 T. U. della Legge com. e prov: sono nulle di pieno dritto le deliberazioni comunali sopra soggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio e contrarie a disposizioni di legge e che quella deliberazione del 24 novembre fu revocata a voti unanimi dallo stesso Consiglio in data dei 21 febbraio 1901.

Indipendentemente da ciò, lo stesso appaltatore, ben consapevole che alla

determinazione dei danni non poteva offrirgli sufficiente sussidio quella deliberazione di novembre 1900, non approvata dall' autorità prefettizia chiese con la comparsa dei 26 aprile 1902 novella istruzione, circa la quantità dei danni da lui sofferti; e pure il tribunale fu meno riguardoso dell'appellante nell'accogliere pienamente il gravame e con esso la dimanda primordiale dell' attore, in flagrante violazione degli art. 1312 cod. civ. e 206 proc. civ.

Per queste ragioni. Cassa e rinvia ecc.

6 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA. — P. M. BOSCERO (concl. diff.) — Est. BURALI
de Fonzo — Genevois

Servitù — Sopraelevazione del muro comune a spese di uno dei condomini — Se questi possa aprire nella maggiore altezza luci di tolleranza. Art. 586 cod. civ.

A chi ha sopraelevato il muro comune è inibito dall'art. 586 del cod. civ. di aprire luci e finestre nella maggiore altezza, a cui il vicino non abbia contribuito, ma non di aprire luci di tolleranza.

Che non regge il primo motivo del ricorso dei signori de Fonzo. Invero nell'attuale stadio del giudizio le parti tutte riconoscono che il muro divisorio tra la proprietà dei signori de Fonzo e de Rogatis al Fondaco Gelso e quella della sig.ra Genevois al Vicoletto Salata ai Ventaglieri n. 14 sino all' altezza di metri tre sia comune tra essi signori Genevois, de Rogatis e de Fonzo e di conseguenza, essendo abusivi i due lumi aperti dalla Genevois nella parte comune debbano chiudersi; la disputa invece proposta dai ricorrenti col 1° mezzo del loro ricorso si riferisce ai tre lumi aperti nella parte che si è innalzata dalla signora Genevois sul muro comune e che è di esclusiva propretà di lei.

Or la denunziata sentenza, riconoscendo la massima che il divieto stabilito dallo art. 586 Cod. Civ. di non potersi aprire da chi ha innalzato il muro comune luci e finestre nella maggiore altezza a cui il vicino non abbia voluto contribuire riguarda unicamente luci e finestre che inducano servitù nel fondo del vicino e non quelle di tolleranza indicate nell' art. 581 cod. stesso, fece esatta applicazione della legge e si uniformò alla giureprudenza di questo supremo Collegio. Infatti nell' art. 586 trattasi di disposizione restrittiva sulla interpetrazione della legge, e non è dato estendere oltre i casi espressi le disposizioni che restringono il libero esercizio del titolo o formano eccezioni alle regole generali. Oltre a che, la locuzione dell'art. 586 detto codice è senza dubbio diversa da quella dello art. 583 c. civ. Or la diversità delle due disposizioni involge il diverso concetto tra l'una e l'altra, non essendo possibile ritenere identico il concetto di dritto sempre quando diversa ne sia la disposizione e questa sia più ristretta nell' una e più larga nell' altra. Ma più che la parola la *mens legis* vi concorre, imperocchè se il codice vigente riconosce che chi ha innalzato il muro comune diventa esclusivo proprietario della parte sopraelevata, la quale si distingue da quella sottoposta che rimane comune, onde si può esser proprietario in parte di un muro, non può essergli di osta-

colo l'aprire luci di tolleranza nella parte di esclusivo dominio solo perchè nell' altra sottoposta non gli è consentito aprirle. Ciascuna parte del muro infatti deve essere regolata dalle disposizioni riguardanti la propria natura della parte stessa e quindi se alla parte comune del muro va applicato il divieto di fare qualsiasi apertura ; per l' altra parte non comune sta la regola stabilita nell'art. 584 che autorizza il proprietario di un muro non comune contiguo al fondo altrui aprire in questo muro luci o finestre con inferriate ed invetriate fisse ; sicchè, se diversa è la natura delle due parti del muro, diverso del pari è l'istituto giuridico dal quale son governate. Un duplice principio di dritto ribadisce vieppiù questa interpretazione: l' uno cioè che nella cosa propria ciascuno può fare quello che vuole purchè non leda la proprietà del vicino, nè può ammettersi modificazione all'esercizio del dritto di proprietà quando manca un esplicito divieto, e la *ratio legis* esclude quello implicito fatto riflesso che l' apertura delle luci di tolleranza ha per sua unica finalità al dir di Paolo *ut coelum videatur*, ma non induce servitù alcuna sul fondo del vicino. L'altro perchè, se il sopralzamento è un driitto che la legge concede al comunista, dovrebbe trovarsi nella legge stessa il divieto per limitare il dritto medesimo ad aprire nel sovralzamento luci di tolleranza. Chiude il varco ad ogni contraria osservazione l' estremo che se dalle aperture delle luci di tolleranza niun danno risente il vicino, dappoichè esse non gli impediscono di acquistare la comunione della parte sovralzata del muro e di chiuderle, appoggiandovi il suo edifizio, rendesi senza dubbio applicabile il principio *quod tibi non nocet, alteri prodest faciendum*; il perchè va respinto il primo motivo del ricorso.

22 agosto 1903

Pres. ff. SALVATI — P. M. MANCINI (concl. conf.) — Est. ABATEMARCO
Zona — Bartolotti

Usufrutto — Eredità — Se attribuisca la qualità di erede — Se induca obbligo nel legatario al pagamento dei debiti ereditarii.

Non è erede ma solo successore a titolo particolare l' usufruttuario di una intera eredità.

Egli però deve contribuire al pagamento dei debiti ereditarii.

Sul sicorso il Supremo Collegio osserva : — Che la parte principale dell'unico motivo non può essere plaudita.

La rappresentanza dell' eredità sta nella trasmissione della universalità o di una quota della proprietà dei beni a colui che ne fu istituito, non circoscritta da limiti di tempo.

La chiamata nel totale usufrutto essendo limitata alla vita dell' usufruttuario deve riguardarsi come personale temporaneo trasferimento di godi mento, che poi cessa col consolidarsi nelle mani dell' erede, chiamato nella proprietà. Questo è dunque che raccoglie, *l'universum jus defunti* con quella temporanea sottrazione di godimento.

Egli deve accettar l'eredità, egli risponde alle azioni che contro di questa si possono rivolgere.

L'usufruttuario, che non ha la rappresentanza dell'eredità, non è obbligato ad accettarla, o rinunziarla, non fa atti di erede; non è tenuto a compilar lo inventario, ma ha il diritto di avere il suo usufrutto, e chiederne all'erede l'immissione in possesso come ogni altro legatario.

Nè può dirsi che nel caso presente la sg.ra Bartolotti sia erede dell' usufrutto perchè tale fu qualificata dal testatore, essendo risaputo che la definizione di dritto è lasciata ai magistrati, pur dando piena libertà alle parti di disporre o contrattare.

Che sebbene questa principale tesi del motivo non sia plausibile, ha pregio la seconda.

Il legatario dell'intero usufrutto prende il godimento di quel che resta dell'eredità, pagati i debiti, come l'erede raccoglie in proprietà la parte residua depurata. Consegue quindi che siccome la depurazione riduce la consistenza patrimoniale, riduce altresì proporzionatamente il godimento dei frutti.

L'uno e l'altro rispettivamente non possono avere quello che nell' eredità non trovasi.

E se l'erede per pagare un debito ereditario dovette distrarre fondi o capitali, l' usufruttuario trova relativamente di altrettanto assottigliato il suo godimento. Che se invece l' erede senza toccare beni dell'eredità, pagò del suo, e gli spetta il benefizio dell'inventario, egli, surrogato di dritto al creditore ereditario, prende dall'eredità gl' interessi, e quindi se li fa pagare da chi interamente gode dell'usufrutto.

Or se questo ragionamento logico e giuridico guidò Nicola Zona nel far l'offerta reale, il Tribunale fece bene a convalidarla e male la Corte a respingerla riformando in *peius* la giusta sentenza.

Per tali motivi. La Corte accoglie.

3 ottobre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. BURALI D'AREZZO

Passarino — Albi

Giudizio penale — Assoluzione per inesistenza di reato — Se siano ripetibili i danni e le spese senza dimostrare il dolo o la colpa della parte civile.

L' imputato assolto per inesistenza di reato non può domandare in via civile la rifusione dei danni e delle spese senza dimostrare il dolo o la colpa della parte civile. (1)

Osserva che non ha valore giuridico alcuno il primo assunto del ricorrente il quale denunzia la sentenza per mancanza di motivazione e di pronunzia in

---

(1) Giureprudenza costante. V. la conforme sentenza della Cassazione di Napoli 16 maggio 1902 in causa Oliveto c. Larat in *Mon. dei Trib.* 1902-723 e tutte le massime riassunte nei varii repertorii del FORO ITALIANO alla Voce *Responsabilità* civile.

ordine al rimborso delle spese sostenute pel procedimento penale a suo carico: invero nei ragionari così in fatto come in dritto la Corte di merito riconosce che il sig. Passarino propose dimanda pel rimborso di danni e spese fondandola su la responsabilità civile derivante dal procedimento penale e rileva che per gli uni e per le altre non basta il solo fatto dello esperimento dell' azione penale davanti l'autorità costituita nelle forme di rito giudiziario ed in buona fede per rendere responsabile la parte civile del rimborso dei danni e delle spese, ma vi occorre invece il dolo e la colpa, ed escludendo amendue codesti elementi respinge l' azione tanto per le spese quanto pei danni e riconosce di conseguenza implicitamente *ex necesse* che la sola soccumbenza della parte civile nel procedimento penale non sia sufficiente senza il concorso del dolo e della colpa a ritenerla responsabile delle spese del procedimento verso lo imputato.

Molto meno è a parlare di omessa pronunzia una volta che con la denunziata sentenza si respinse l' appello del sig. Passarino avverso la sentenza del Tribunale con la quale vennero rigettate le domande tutte di lui non esclusa quella per le spese.

Che dal ricorrente inoltre si sostiene esser tenuta la parte civile sig. Albi verso esso imputato sig. Passarino al rimborso delle spese del procedimento penale pel solo fatto della soccumbenza indipendentemente da ogni elemento di dolo o di colpa.

Or giova innanzi tutto rilevare che la Corte di Appello di Torino col suo pronunziato del 29 novembre 1899 in riparazione della sentenza del Tribunale di quella città del 9 agosto dello stesso anno dichiarava non farsi luogo a procedimento penale a carico del sig. Passarino pel reato di appropriazione indebita perchè il fatto non costituiva reato, senza emettere condanna alcuna contro la parte civile sig. Albi, sicchè non vi esiste giudicato a favore del sig. Passarino in ordine alle spese del giudizio penale: d'altronde egli stesso lo riconosce sia perchè non avrebbe potuto chiederle *ex integro* nel giudizio civile, ove nel pronunziato penale gli fossero state attribuite le spese dal magistrato; sia perchè avrebbe dovuto procedere alla liquidazione di essi davanti la sezione civile della Corte di Torino che pronunziò la sentenza nel giudizio penale; sia perchè lo stesso sig. Passarino nel suo libello non pone in dubbio che con la sua domanda del 18 gennaio 1900 intese esercitare l'azione aquiliana ex quasi delicto in virtù dello art. 1151 e segg. cod. civ. ed a ribadire vieppiù l'indole della sua azione con la comparsa davanti il Tribunale del 21 febbraio 1901 espressamente egli affermò che non avendo il magistrato penale emessa la *declaratio juris* sottentrava l' azione civile pel rimborso delle spese e dei danni interessi causatigli dal sig. Albi col promuovere la querela penale di appropriazione indebita e col costituirsi parte civile.

Che ai termini degli art. 1151 e 1152 cod. civ. la responsabilità dei danni in materia civile non può esser riconosciuta per la semplice querela e per la costituzione di parte civile seguìta da sentenza di assoluzione e di non farsi luogo a procedere, non essendo questa per sè sola titolo efficace e legittimo per ottenere il risarcimento dei danni, ma vi occorre sempre l'estremo del dolo o della colpa, che è l'unico criterio per l'ammessibilità dell'azione di indennizzo. Nella specie tanto il Tribunale in prima istanza quanto la Corte

di Appello con criterii insindacabili esclusero nel modo più assoluto così il dolo come la colpa e persino la semplice imprudenza leggerezza ed imprevidenza nel sig. Albi pel procedimento penale spinto a sua istanza a carico del sig. Passarino; nè costui per tal parte col suo ricorso per cassazione ne muove doglianza, riconoscendo che non concorrono gli estremi richiesti a fondamento dell' azione di danno, il perchè rendesi applicabile nel rincontro il principio *non videtur vim facere qui suo iure utitur et ordinaria actione experitur*: L. 155 Dig. de reg. iur, e *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere ius non habet.* Oltreachè non potrebbe questo Supremo Collegio indagare se i giudici di merito esattamente ritennero che il sig. Albi non agì con dolo nè con colpa, trattandosi di estimazione di fatto che sfugge ad ogni censura.

Che non ha miglior fortuna lo asserto del ricorrente di esser tenuto il signor Albi a rimborsargli le spese del procedimento penale pel solo fatto della soccumbenza, dappoichè l' art. 570 del cod. pp. pen. stabilisce che in caso di assolutoria di non luogo a procedimento possa dichiararsi tenuta ove occorra la parte civile a risarcire i danni all'imputato ovvero riservare ogni azione che potesse competergli da esercitarla davanti i giudici competenti.

Di qui si trae che la parte civile non va mai condannata alle spese del procedimento o meglio del giudizio verso lo imputato assolto; ma soltanto può esserlo nei danni interessi liquidati dal magistrato penale ovvero da attribuirsi dal giudice civile e nella condanna stessa ai danni interessi si fondano così le spese del giudizio penale come ogni altro danno sostenutone od è che anche la rivalsa delle spese è necessario qualificare il dolo e la colpa della parte civile. Del resto se il giudicato penale di dichiarazione di non farsi luogo a procedimento non contiene condanna alcuna nelle spese, ma se ne richiede la rivalsa con domanda ex integro, fondata sul quasi delitto, non può sottrarsi la azione promossa alla condizione essenziale del dolo o della colpa e mancando l'una ovvero l'altra vien meno il fulcro della proposta azione.

Le disposizioni del codice di pp. penale invocate dal ricorrente riguardano in principal modo le spese nel rapporto dell' erario, ovvero quelle relative allo imputato ed alla parte civile negli altri stadii del procedimento penale mentre l' unica norma pei giudizii definiti in pubblico dibattimento nel rapporto tra la parte civile e lo imputato assolto è quella prescritta dal ripetuto art. 570 cod. pp. pen.

1 settembre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Masucci (concl. diff.) — Est. Bianco
Sangiovanni - Comella

Perenzione — Se possa applicarsi avendo riguardo alla natura dell'azione — Art. 338 e 341 proc. civ.

Per giudicare se in seguito ad una citazione sia decorso o no il termine della perenzione bisogna aver riguardo non già alla natura dell'azione messa in movimento con essa, ma alla forma dell'atto ed alla giurisdizione del magistrato con esso provocata (1).

Che il primo mezzo poggia su argomentazioni così salde, da non poter non essere accolto. La Corte di merito, per negar la perenzione della istanza del gennaio 1894, pone a fondamento del suo decidere, che l' istituto della perenzione, anzichè alla forma dell'atto, debba riferirsi alla natura dell'azione, e che, partecipando il giudizio svoltosi, nelle riproposte citazioni del Sangiovanni, di quella propria delle liti civili, non la breve perenzione commerciale alla istanza del 1894 potevasi applicare. Ma non è ciò giuridicamente esatto. Le origini storiche di codesto istituto, omai non ignote ad alcuno, e gl' intenti legislativi nitidamente espressi negli articoli 338 e 341 del nostro codice di rito, fan di questa un rimedio eminentemente procedurale al dannoso protrarsi delle liti, colpendo l' istanza abbandonata pel periodo che la legge stessa prefinisce. Quando dunque una istanza viene estrinsecata con forme commerciali, chiedendo condanne attinenti alla giurisdizione commerciale non si fa che, con essa, provocare la funzione commerciale del magistrato, quale che possa essere la natura vera dell' azione messa in movimento. Ed a questa forma esterna deesi solo aver riguardo nel determinare le conseguenze procedurali della predetta istanza, non essendone altre possibili nella esistenza di una pura e semplice citazione. Per guisa che l'inerzia giudiziale che la segue, protratta per oltre diciotto mesi, importa abbandono dell'istanza stessa, che ne estingue ogni virtù giuridica. E quì apparrà ancor meno rigorosamente giuridica un' affermazione dalla Corte ripetuta, d' esser la perenzione quasi una prescrizione dell' istanza, congiungendo così, con non felice linguaggio giuridico gli opposti termini di due concetti diversi.

Che l' errore fondamentale della sentenza diventa ancor più manifesto dall' aver i giudici di merito rannodata la citazione del 1894, espressa in forma commerciale, con quelle del 97 e 900, formulate in via civile, per darle, coinvolta che fosse nel posteriore giudizio, quella vita giuridica, che avea perduta. Perocchè siffatto giudizio, seguìto alla primitiva citazione del gennaio 1894, svoltosi con le forme civili, non altro rappresenta che una mera e pura contingenza, che nulla poteva togliere, e nulla aggiungere alla

(1) V. Mattirolo Dir. giud. civ. Vol. 3.° ed. 4.ª n. 1039, nota 4.

Conf. Cass. Palermo 9 aprile 1901 e 19 dic. 1899 — Legge 901, 1-697; e 1900, 1-122 — Cass. Roma 4 dic. 1899 Giur. Ital. 1900, I, 1-8.

Contra Cass. Torino 14 dic. 1897 — Giur. Tor. 1898-92.

detta citazione del 1894, non ricordata nemmeno nelle successive istanze. La quale, come qualche cosa di per sè stante, dovea ben essere isolatamente riguardata, e le cui conseguenze giuridiche, da essa sola doveano esser tratte. Per fermo, se codesto giudizio non fosse stato, per avventura, istituito; e si fosse trattato, invece, di discutere appunto della perenzione dall'unico atto del gennaio 1894, che in forma assai chiara metteva in movimento, nella sua estrinsecazione giudiziaria, un'azione commerciale, gli elementi del decidere, poichè sol quell'atto era stato spiccato, non potevansi non chiedere alla forma esterna dell'atto stesso, ed agli articoli 338 e 341 pr. civ. ed 877 cod. comm. È mestieri quindi che la sentenza sia annullata, e rinviata la disputa al riesame di altro magistrato.

Per questi motivi. Cassa e rinvia.

3 ottobre 1903

Pres. Santamaria — P. M. Masucci (concl. diff.) — Est. Bianco
Zinzi — Marincola

Sequestro conservativo — Privilegio sugli « invecta et illata ».

Il privilegio sugli « invecta et illata », di cui all'art. 1958 n. 3 del codice civile si può sperimentare nella forma del sequestro conservativo anche presso terzi in virtù di decreto da concedersi dal Pretore.

Omissis.

Ritiene la Corte che lo Zinzi chiese al Pretore il sequestro degli animali in linea conservativa, il quale, in applicazione dell'art. 924 pr. civ. gli venne da quel magistrato conceduto; segue indi ad affermare, che, trattandosi di sequestro conservativo, non si poteva eseguire che sui beni mobili del debitore, o, per lo meno, che si trovavano nel suo possesso, ma non mai presso i terzi e riesce nella conclusione che, avendo lo Zinzi fatto praticare il sequestro conservativo sugli animali, che, trasportati via dal fondo, non si trovavano nel possesso dei debitori, ma in quello di un terzo, avrebbe seguìto un procedimento tutt'affatto nullo. Ma in questa sua guisa di ragionare la Corte non pone mente all'indole del diritto messo in movimento dallo Zinzi, che era proprio, come appare dal ricorso e dal decreto di sequestro, quello che a lui, locatore del fondo, garentiva il n. 3 dell'art. 1958 c. civ. il diritto cioè di privilegio sui mobili di cui era fornito il fondo locato, ancorachè trasportati altrove. Per lo Zinzi esisteva sempre il contratto di locazione con le conseguenze giuridiche che ne promanavano; per lui quindi aveva piena vita giuridica il privilegio suo del citato articolo, che si esplicava nel *ius persequendi* con azione reale tutto ciò che era stato pria immesso nel fondo e serviva alla coltivazione di esso e che, pur fuori del fondo e presso terzi consideravasi di diretta spettanza dei suoi coloni debitori. Il fatto del trafugamento degli animali non alterava codesti rapporti che il contratto e la legge a lui, locatore, garentivano, non avendo mai, per lui, perduto valore il diritto di privilegio che egli a buon diritto intese di porre in attuazione mediante il sequestro conservativo presso terzi degli animali, che, giova ripeterlo, nei suoi rapporti, comechè senza il suo as-

senso portati fuori dal fondo, erano da considerarsi sempre di pertinenza dei suoi conduttori. La Corte di merito col revocare il sequestro per incompetenza del pretore, ravvisando nei casi del N. 3 dell' art. 1958, una causa principale pendente nell' azione, che direttamente avrebbesi dovuta promuovere dallo Zinzi, locatore, contro il Marincola, revindicante gli oggetti sequestrati, fraintende il senso dell'articolo stesso. Perocchè, per l'indole appunto del diritto del locatore, e per la esistenza appunto del privilegio, il codice, nell'art. 1958, concede il potere al locatore di sequestrare i mobili, dei quali era fornito il fondo locato, ancorchè altrove trasportati, purchè ne abbia promossa l'azione tra 40 giorni dal trasporto. Codesto diritto evidentemente non può esplicarsi, che nelle forme del sequestro conservativo presso terzi; e nel fine di far riportare i mobili trafugati nella casa o nel fondo, onde su di essi perduri il privilegio medesimo, che altrimenti sarebbo andato perduto. Codesto sequestro, che per l' indole del diritto che assicura, ha norme a termini proprii, è, per la prevalente dottrina e giureprudenza, la forma procedurale con la quale si inizia l' azione cui accenna lo stesso art. 1958 N. 3. Nè le paure espresse nella sentenza pel terzo presso cui le cose cadenti sotto sequestro sarebbero state trasportate, il quale, senza contradittorio suo, correrebbe il rischio di vedersi spogliato dai suoi beni, hanno valore; avvegnachè, dell' avvenuto sequestro presso di lui, e della relativa citazione di convalida, per l'art. 932 pr. civ., deve essergli sempre fatta legale notificazione, dandogli così agio, e modo, di far valere, se mai, i possibili diritti suoi. Verrebbesi, in tal guisa, in un secondo momento, presenti tutti gl'interessati, non esclusi i terzi, che, dopo il trasporto, avessero acquistati diritti sui mobili contesi, svolgendo quell'azione, cui il ripetuto articolo 1958 vuole che s' accompagni lo sperimento del diritto di privilegio.

Per questi motivi. La Corte cassa ecc.

9 dicembre 1903

Pres. SANTAMARIA — P. M. SCALFATI (concl. conf.) — Est. COSENZA
Rizzitelli — Schiralli

Matrimonio ecclesiastico — Promessa di contrarlo anche con rito civile — Rescritto sovrano di sanatoria — Retroattività.

Il rescritto sovrano con cui si concedeva la sanatoria ad un matrimonio non contratto nelle forme civili su richiesta seguìta dopo la solenne promessa, retroagisce al giorno in cui questa fu fatta.

Ritenuto in fatto. Cataldo Schiralli ebbe due mogli, la prima Benedetta Spallucci fu sua moglie legittima e lasciò superstite una figlia a nome Tullia, la seconda Rosa di Oria unita a lui in matrimonio ecclesiastico soltanto e dalla stessa ebbe sei altri figliuoli.

Nel 12 marzo 1854 questi coniugi a regolarizzare il loro matrimonio procedettero alla solenne promessa innanzi all' uffiziale dello Stato civile, e nello stesso tempo chiesero al sovrano del tempo la grazia, che la loro unione partorisse gli effetti civili.

Prima che la sanatoria venisse moriva il Cataldo e poscia nel 27 gennaio 1859 fu pubblicato il rescritto che accordò al matrimonio ecclesiastico dello Schiralli gli effetti civili.

Nel 1889 i figli del secondo matrimonio chiesero contro la Tullia la divisiono della eredità paterna.

Ma una sentenza del Tribunale respinse la domanda di divisione perchè ritenne che il matrimonio di Schiralli con la D' Oria era improduttivo di effetti civili, essendo venuta la sanatoria dopo la morte del marito.

Vi fu appello contro siffatta sentenza. In pendenza del gravame Ruggiero Rizzitelli mise in espropriazione il patrimonio della Tullia Schiralli. Vi fu domanda in separazione da parte di Antonio Schiralli uno dei figli della di Oria.

Il Tribunale sospese la procedura fino alla discussione di quel gravame.

Ed allora portato questo a discussione della Corte di Trani, esso fu accolto con la impugnata sentenza che porta la data del 10 giugno 1902.

Due motivi di ricorso si propongono dal Rizzitelli contro quel pronunziato.

Osserva in diritto. Senza dubbio la sanatoria accordata al matrimonio tra Schiralli e d' Oria in quanto agli effetti civili non avrebbe potuto pregiudicare i dritti quesiti dei terzi ed è questa la quistione della causa. Bisogna vedere dunque se all' epoca dell' apertura della successione del Cataldo Schiralli la sua figlia del primo letto avesse acquistato diritto all'intera successione del padre.

La risposta negativa è evidente perchè senza dubbio i sei figli dalla di Oria procreati in legittimo matrimonio non godenti effetti civili erano nati all'epoca dell' aperta successione. E ciò non basta: prima di morire, lo Schiralli avea celebrata la solenne promessa innanzi all'uffiziale dello Stato Civile. Così messosi in regola aveva dimandata la grazia che il suo matrimonio rientrasse nella linea normale. Per lo che da parte dello Schiralli erasi compiuto tutto quello che la legge richiedeva perchè la sua unione con la d' Oria avesse gli effetti civili. Il sovrano rescritto che accordò la sanatoria non fece che sanzionare l'operato dei coniugi ed elevarlo alla legalità e fu per questo che se non altro dal dì della domanda il matrimonio divenne tale da produrre i suoi effetti a norma di legge. Il rescritto adunque fu l' elemento compitore di un operato che iniziato nel 1856 fu compiuto nel 1859.

È un errore poi quello di equiparare i rescritti alle leggi perchè a differenza della legge, che contempla i casi generali, il rescritto riguardava casi speciali, non avea bisogno perciò di promulgazione e spesso si riferiva al passato come in materia di contenzioso amministrativo per le decisioni emanate dalla Corte dei Conti, come in materia giudiziaria quando risolveva dubbii di legge.

Da ciò discende come legittima conseguenza che la solenne promessa di matrimonio se non altro dovea produrre i suoi effetti dal giorno in cui fu celebrata e che il sovrano rescritto non dovea dirlo perchè esso venne impartito in un caso speciale e non fece altro che dar forza a quell' atto che, sebbene fosse di per sè efficace a produrre gli effetti civili, pure per la postergazione avvenuta dovea essere dal volere del principe convalidato.

Queste considerazioni bastano per conchiudere che al tempo dell' aperta

successione dello Schiralli non fu per parte della Tullia acquistato alcun diritto perchè pendeva la domanda di sanatoria, e questa venuta vi retrotrasse se non altro al giorno della solenne promessa: non regge dunque il primo motivo del ricorso.

E non regge neppure il secondo. Imperocchè è vero che la Corte di merito trascurò di parlare *sub verbo signanter* del se si trattasse di una donazione o di una vendita. Però se pure in ciò si potesse scorgere un difetto di motivazione lo annullamento non avrebbe alcun pratico risultato quando è evidente che si trattava di donazione.

P. q. m. La Corte rigetta ecc.

Massimario delle decisioni inserite nella parte 2.ª del presente volume

A

D

E

F

L

M

N

O

P

Indice delle monografie

Indice delle note alle sentenze

Indice dei nomi degli autori delle cui opere fu fatta recensione

---

Indice cronologico delle sentenze

N. B. Le date sono quelle della pubblicazione

Indice alfabetico dei nomi delle parti litiganti

Gerente responsabile: FRANCESCO PAOLILLO